

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE

الجامع الازهر
كلية الشريعة الاسلامية

مقارنة المذاهب

فى الفقه

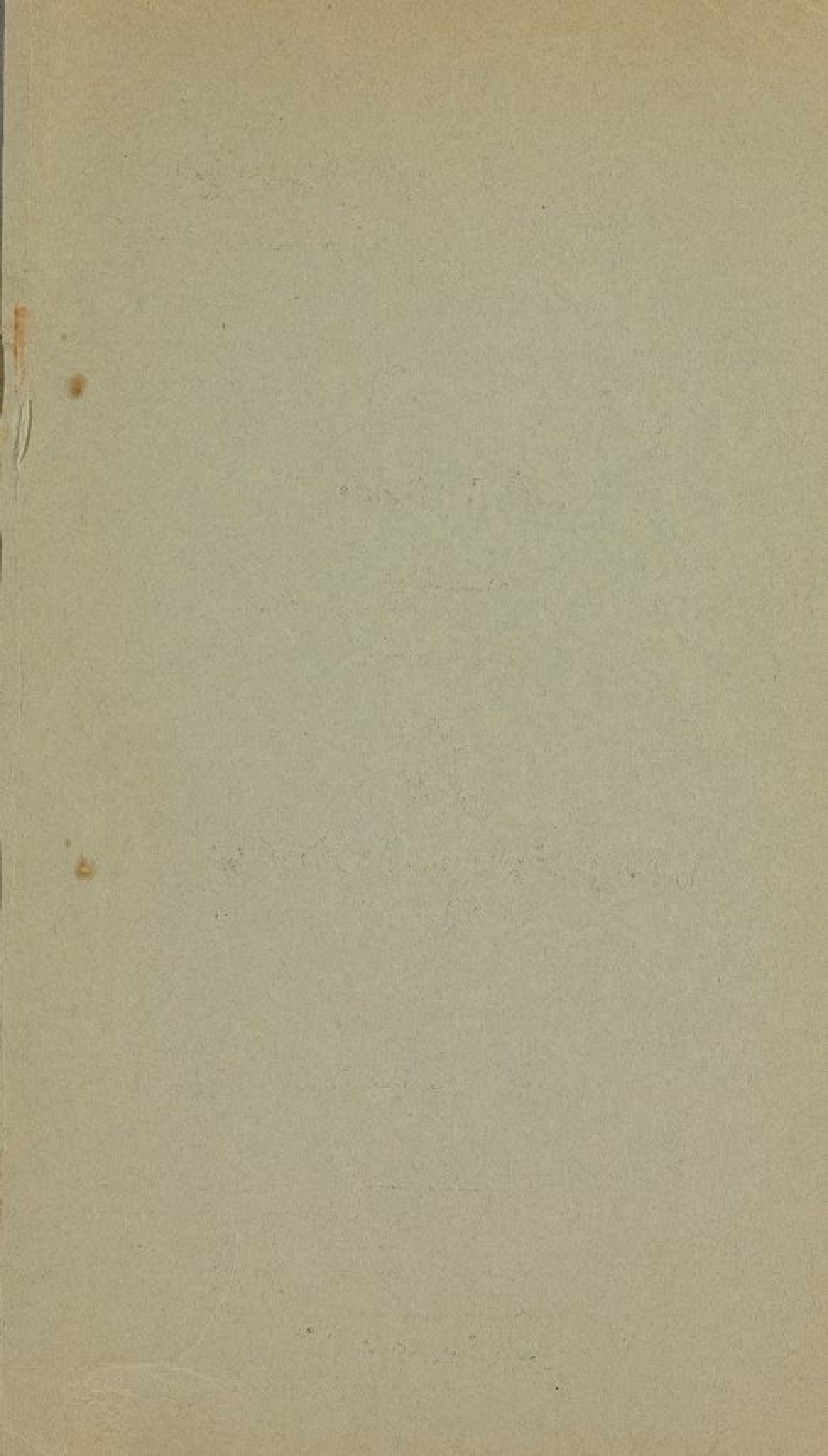
عمل

الاستاذين

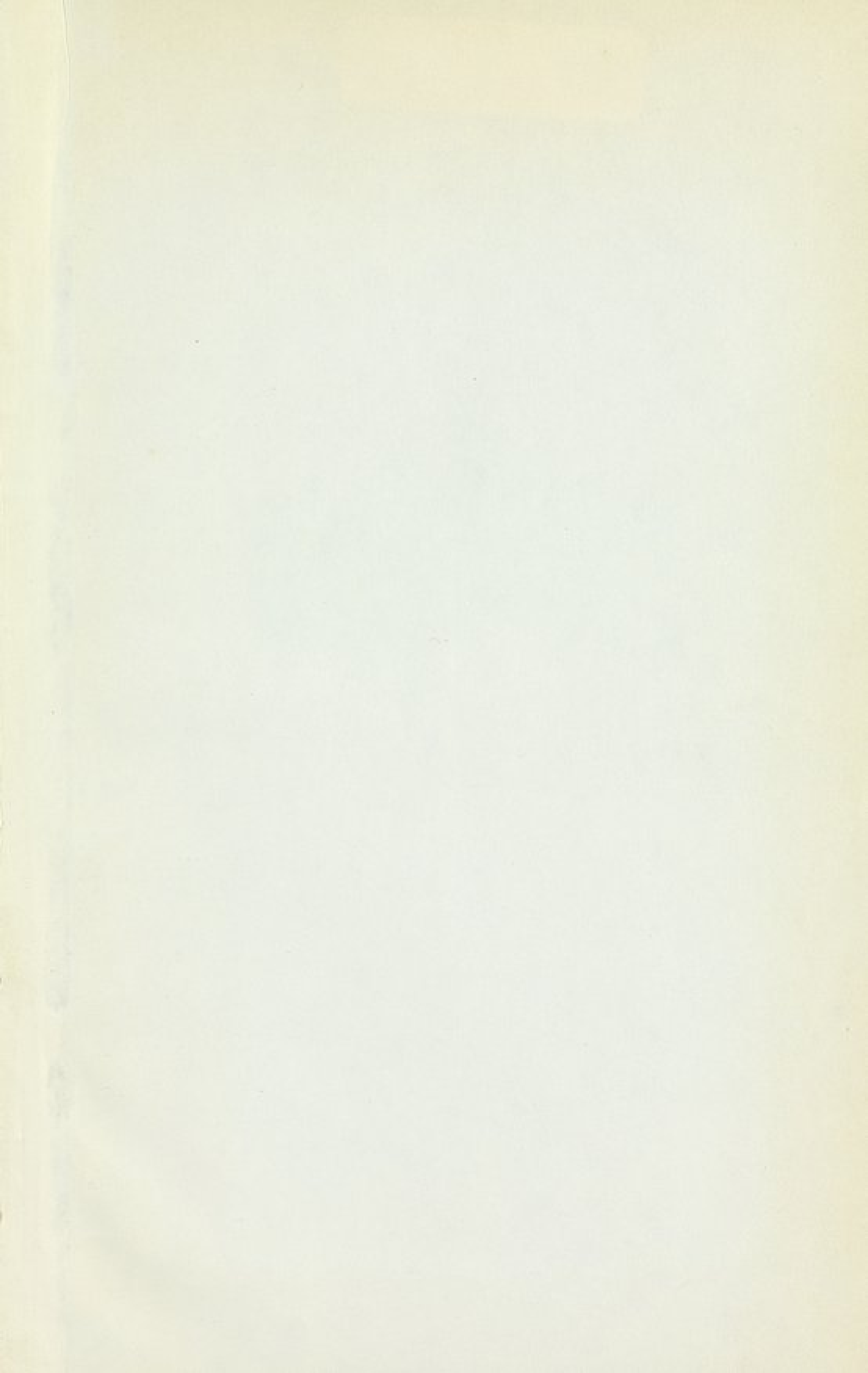
الشيخ محمود محمد شلتوت و الشيخ محمد على السايس
المدرسين فى الكلية

سنة ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م

مطبعة وادى الملوك
بأول شارع البرمونى بالخليج




Princeton University Library
32101 074330869



الجامع الأزهر
كلية الشريعة الاسلامية

مقارنة المذاهب

فى الفقه

عمل

الاستاذين
الشيخ محمود محمد شلتوت و الشيخ محمد على السايس
المدرسين فى الكلية

سنة ١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م

مطبعة وادى الملوك
بأول شارع البرمونى بالخليج

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين . والصلاة والسلام على سيدنا محمد . بعثه الله بشرع كافل لسعادة الخلق فى الدنيا والآخرة

وبعد فهذا نوع جديد من دراسة الفقه . أساسه أن توضع المسألة ويذكر حكمها فى كل مذهب من المذاهب . ثم تعرض أدلة المذاهب . وجهات النظر التى كانت منشأ اختلاف الأئمة فى الحكم . ثم تناقش الأدلة من جميع الجوانب المتصلة بأخذ الحكم منها . ثم يتخذ المدرس من نفسه حكماً عدلا جرد نفسه من المذهبية التى ألفها ، لا يبتغى غير الوصول إلى الحق . فيخلص من تلك المناقشات بالرأى الذى يستقيم لديه دليله . وتتضح وجهته ـ وإذا كان المدرس ممن يسايرون العاطفة المذهبية ويخضعون لها فانه لا يستطيع أن يقف موقف الحكم العدل من هذه المذاهب . وجدير به ألا يمد عينيه إلى هذا النوع من الدراسة . فقد أجمع العلماء على أن القاضي لا يقضي لمن يبادله عاطفة صداقة أو قرابة ولا على من بينه وبينه عاطفة بغض أو عداء .

فائدة المقارنة

قد يقال إن هذا النوع من دراسة الفقه ليس له فيما نري فائدة عملية لا بالنظر إلى الأفراد فى عباداتهم ومعاملاتهم . ولا بالنظر إلى الأمة فى الحكم والتقاضى . أما الأول فلأن العلماء قرروا : أن من قلد مذهباً ليس له أن ينتقل

إلى غيره ، وقد جاء فى فروع باب التقرير من كتاب الدر المختار (ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزر) وقرروا : أن ليس للانسان إذا قلد مذهباً معيناً ولا بد أن يقلد — أن يقلد غيره فى بعض الوقائع إلا بشروط ، وقرروا : أن ليس للمتأخر أن يبحث أو يرجح فيما بحثه المتقدم أو رجحه وإنما عليه أن يتبع ، وإذا كان هذا هو ما قرره العلماء . فالعمل بنتيجة المقارنة قد يلزمه انتقال المقارن إلي غير مذهبه . أو تقليده لجملة مذاهب فى مسائل مختلفة فلا يكون مقلداً لمذهب معين ، بل قد يلزمه تقليد غير الأئمة الأربعة . ونص العلماء على أنه لا يجوز تقليد غيرهم لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت الينا نقلا يوجب الطمأنينة والوثوق بأنها مذاهبهم . وقد يلزمه العمل بآراء مختلفة لأجزاء عبادة واحدة يتكون منها حقيقة لم يقل بها إمام وذلك بأن يظهر للمقارن رجحان قول الشافعي فى مسح الرأس . وقول الحنفى فى اللمس : ورجحان القول بعدم نقض الوضوء بالقهقهة فى الصلاة . فهذا الوضوء غير صحيح على مذهب المالكية لعدم مسح كل الرأس ولا على مذهب الحنفية لعدم مسح الربع أو للقهقهة . ولا على مذهب الشافعي للمس . فالمقارن أما ان يعمل بنتيجة بحثه فيصلى بهذا الوضوء فيكون ملفقاً لحقيقة لم يقل بها أحد وقد نص العلماء على : أن الحكم الملفق باطل بالاجماع . وإما ألا يعمل بنتيجة بحثه فلا يصلى بهذا الوضوء مع اعتقاده صحته فتظل المقارنة بحثاً نظرياً لا يتصل بفائدة الفقه وهى العمل بالأحكام . هذا بالنظر الى الأفراد . أما بالنظر الى الحكم والتقاضى فلأن القضاة لهم مذاهب معينة وقد نص الفقهاء على أن ليس للقاضى أن يحكم بخلاف مذهبه . بل ولا بالقول الذى قيل عنه فى مذهبه : إنه مرجوح . وبذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم فى حادثة بخلاف مذهبه

الذى ولى به القضاء مهما كان مذهبه في نظره من الضعف ومهما كان غيره فى نظره من القوة . فلا فائدة للمقارنة فى هذا الجانب أيضاً .

الجواب ـ ان هذا الأعتراض مبنى كما ترى على مقالات وضعها المتأخرون حينما تحكمت فيهم روح الخلاف وملكتهم العصبية المذهبية فراحوا يضعون من القوانين ما يمنع الناس من الخروج عن مذاهبهم وانتقلت المذاهب بهذا الوضع عن أن تكون أفهاما يصح أن تناقش فترد أو تقبل الى التزامات دينية لا يجوز لمن نشأ فيها أن يخالفها أو يعتنق غيرها . وحرموا بذلك النظر فى كتاب الله وسنة رسوله . أو حرموا العمل بثمرة النظر فيهما ونشأ عن ذلك أن فترت الهمم ووقف الفقه الاسلامى واشتغل علماء المذاهب بالانتصارات المذهبية واختصار المطولات وشرح المختصرات وهكذا حرم الناس الفقه وحرموا ملكة الفقة . وقد وصف الشيخ عز الدين بن عبد السلام موقف هؤلاء المتأخرين فقال (ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم علي ضعف مأخذ امامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً وهو مع ذلك يقلده فيه ويترك من شهد الكتاب والسنة ويتأولها بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالا عن مقلده) ثم قال لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقيد بمذهب ولا إنكار على أحد من السائلين الى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصبوها من المقلدين فان أحدهم يتبع إمامه مع بعد مذهبه عن الأدلة مقلداً له فيما قال كأنه نبي أرسل وهذا نأى عن الحق وبعد عن الصواب لا يرضى به أحد من ذوي الألباب) وقال الامام أبو شامة (ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب إمام ويعتقد فى كل مسألة صحة ما كان أقرب إلى دلالة الكتاب والسنة المحكمة وذلك سهل عليه اذا حصل العلوم المتقدمة

(وسائل الاجتهاد) وليجتنب التعصب والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة فانها للزمن مضيعة ولصفوه مكدرة فقد صح عن الشافعى أنه نهي عن تقليده وتقليد غيره قال صاحبه المزنى فى أول مختصره (اختصرت هذا من علم الشافعى ومن معنى قوله لأقربه على من أراد مع اعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه)

ان واجب المسلم اذا تعذر عليه أن ينال الأحكام من أدلتها ان يسأل أهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهباً معيناً إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة . قال شارح مسلم الثبوت (فايجابه تشريع شرع جديد) ثم قال ولك أن تستدل عليه بأن اختلاف العلماء رحمة بالنص وترفيه فى حق الخلق . فلو ألزم العمل بمذهب معين كان هذا نقمة وشدة وأما اشتراطهم فى جواز تقليد غير المذهب . عدم تتبع الرخص . فقد قال الكمال فيه . (لا يمنع من تتبع رخص المذاهب مانع شرعى إذ للانسان ان يسلك الأخف عليه إذا كان له اليه سبيل . وقال أيضاً والغالب أن هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وأنا لا أدرى مايمنع هذا من العقل والسمع و كون الانسان يتبع ماهو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ماعلمت من الشرع ذمه عليه

وأما منعهم التقليد اذا أدى الى مجموع لم يقل به أحد . فقد قال الكمال فيه (قول لمتأخر)

أما القادر على النظر فواجبه أن ينظر وأن يعمل بمقتضى نظره ولا يلزمه تحصيل ماقالوا فى شروط الاجتهاد بالنسبة الى جميع أبواب الفقه وأحكامه بل يكفيه للاجتهاد فى مسألة أن يحصل وسائل الاجتهاد فيها فقد قرر علماء

الأصول أن الاجتهاد يتجزأ . وإذا جاز تجزى الاجتهاد . فالتخريج والترجيح وهما نوعان منه جائزان

ومما تقدم يتبين أن المقارنة واجبة وأن العمل بثمرتها واجب لا يحول دون ذلك شيء من مقالات المتأخرين التى لم يقم دليل على صحتها

والمقارنة فوق ذلك سبيل للوقوف على مسالك الأئمة فى الاجتهاد . وطريق لمعرفة ماتطمئن النفس اليه من الأحكام .

وقد شعرت حكومتنا المصرية بالحاجة الى العمل بآراء بعض الفقهاء غير الحنفية وتدرجت فى الأخذ بها حتى وضع تعديل سنة ١٩٢٩ وتضمن العمل بكثير من غير مذهب الحنفية بل ومن مذاهب لغير الأئمة الأربعة

وقد خطا القانون الشرعى بهذا التعديل خطوة واسعة الى الامام وكان قائد هذه الحركة المباركة الاستاذ المصلح الكبير الشيخ المراغى شيخ الأزهر الحالى . وقد وضع لهذا التعديل مذكرة إيضاحية تكلم فيها بعد المقدمة على ستة وعشرين موضوعا منها التكفير والتأثيم فى الأحكام الفقهية . والاجتهاد المطلق والمقيد . وقال فى آخر كلامه عن الاجتهاد المطلق (وإنى مع احترامى لرأى القائلين باستحالة الاجتهاد أخالفهم فى رأيهم وأقول . إن فى علماء المعاهد الدينية فى مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد (ويحرم عليهم التقليد) وأثبت فيها إمكان الوثوق بنقل غير المذاهب الأربعة كما أثبت صحة قضاء القاضى بغير مذهبه وأنه يتعين عليه ذلك متى نص فى منشور التولية على أنه يعمل به . وبذلك فتح الاستاذ باب الاجتهاد ووجه علماء العصر الى البحث فى الفقه الاسلامى فعادت الى الفقه روح الحياة . وأخذ فى النماء .

وقد كان حفظه الله أول من اقترح دراسة المقارنة بين المذاهب فى المعاهد

الدينية . وقد صارت بذلك مادة من مواد الدراسة المقررة على السنة الرابعة في كلية الشريعة الاسلامية

وقد تألفت في هذه الأيام لجنة تحت رياسة فضيلته للنظر في قانون الأحوال الشخصية على ما تقضى به المصلحة من غير تقيد بمذهب من المذاهب الأربعة وقد ألقى فضيلته فى أول جلسة من جلساتها كلمة تضمنت لزوم التخير وذم التقليد وارجع اليها ان شئت فى صحف ١٥ شوال من سنة ١٣٥٥ ه

وقد وضعنا هذه مذكرات لموضوعاتها حسب المنهج الجديد الذى وضع للمقارنة فى هذا العام سنة ١٣٥٥ه ونسأل الله أن يوفق رجال الأزهر لخدمة الدين والرجوع بعلومه الى سيرتها الأولى .

* * *

ومن المفيد ونحن على أبواب هذا الفن أن نوجز للطلاب القول في أسباب اختلاف الأئمة ليتبين لهم أنه مامن إمام إلا بذل مايستطيع من جهد فى سبيل الوصول الى الحكم الذي ارتآه فى المسألة وأنهم مع اختلافهم مجمعون على أن الأصل الذى لا يعدل عنه والذى يقضى على كل ماسواه . هو كتاب الله وسنة رسوله .

أما اختلافهم فنشأ من أسباب وراء هذا نستطيع حصرها فيما يأتي :

أولا — اختلاف معانى الألفاظ . وهو باب واسع نشأ من غرابة الألفاظ واشتراكها وترددها بين الحقيقة والمجاز . واختلاف العرف فى معنى اللفظ .

ثانيا — الرواية . وذلك بأن يصل الحديث الى أحدهم ولا يصل الى غيره . أو يصل من طريق لاتقوم به الحجة بينما يصل الي آخر من طريق صحيح . أو يصل اليهما من طريق واحد ولكن يعتقد أحدهم أن في بعض

رواته ضعفا لا يعتقده غيره ، أو لا يراه مانعا من قبول الرواية . وهذا مبنى على الاختلاف فى طرق التعديل والتجريح . أو يصل اليهما من طريق متفق عليه غير أن أحدهما يشترط فى العمل بمثله شروطا لا يشترطها الآخر وذلك كما فى المرسل والمنقطع .

ثالثا — مصادمة الدليل لأصل من الأصول المسلم بها عند أحدهم دون الآخر وذلك كقاعدة العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة ، والزيادة على الكتاب نسخ الى غير ذلك من قواعد الأصول المختلف فيها .

رابعا — التعارض والترجيح . وهو باب واسع اختلفت فيه الأنظار وكثر فيه الأخذ والرد . وهو يتناول دعوي النسخ والتأويل . ويدخل فيه القرب والبعد والخطأ والصواب

خامسا — القياس . وهو أوسع الابواب اختلافا فان له شروطا وعللا . وللعلل شروطا ومسالك . وفى الجميع أنظار مختلفة وآراء متباينة . ولا يكاد الناظر فى باب القياس يجد أصلا فيه متفقا عليه بين القائلين بحجيته خصوصا بعد أن تناوله المتأخرون وأوسعوا فيه من ضروب القول ومناحى التفكير

سادسا — أدلة . اختلفوا فى صحة الاعتماد عليها . وذلك كالاستحسان . والمصالح المرسلة . وقول الصحابى والبراءة الأصلية . والاستدلال .

الى جملة هذه الأسباب يرجع اختلاف الأئمة فى الأحكام الشرعية .

وإن المقارن بين المذاهب فى جزئيات المسائل متى أدرك منشأ الخلاف ثم وقف على ماورد فى المسألة وعرف دلالة الألفاظ وقدر روح التشريع

وكل هذا قد صار بفضل جهود المتقدمين فى اللغة والحديث وأسرار التشريع سهلا ميسورا - متى أدرك هذا فانه بمعونة الله يصل الى مقارنة مثمرة قد يكون من ورائها تقريب هوة الخلاف أو ترجيح الأقرب الى الحق ونسأل الله أن يعصمنا من الزلل وأن يوفقنا الى مايحب ويرضي .

فرائض الوضوء

اتفق الأئمة على أن غسل الوجه واليدين والرجلين والمسح بالرأس فرائض لا بد منها في تحقق الوضوء . واختلفوا بعد ذلك فى موضعين :

الأول فى مقدار المفروض من مسح الرأس . والثانى . في فرضية أمور أخرى غير هذه الأربعة .

«الموضع الأول : مقدار المفروض فى مسح الرأس»

ذهب المالكية إلى أن المفروض فى مسح الرأس هو مسح الكل

وذهب الشافعية إلى أن المفروض فيه هو مسح البعض ولو شعرة واحدة وقيل لايجزيء أقل من ثلاث شعرات .

وذهب الحنفية فى رواية اعتمدها المتأخرون الى أن المفروض هو مسح الربع . وفى أخرى اعتمدها كثير من المتقدمين الى أنه مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد .

أما الحنابلة فعندهم روايتان : إحداها وهي أرجح الروايتين . توافق مذهب المالكية والأخرى أن المفروض مقدار الناصية .

الأدلة

استدل المالكية بقوله تعالى « وامسحوا برءوسكم » ووجه الاستدلال

أن الباء فيه إما أن تكون زائدة وإما أن تكون للالصاق . وليس ثمة معنى ثالث يصح حملها عليه . وعلى كلا الاحتمالين فالتركيب يفيد مسح الكل .

أما أنه ليس للباء معنى ثالث يصح حملها عليه فلان أقرب مايتصور فرضه بعد الزيادة والالصاق أن تكون للتبعيض . والتحقيق عند أهل اللغة أن التبعيض ليس من معانى الباء . قال ابن برهان : من زعم أن الباء تفيد التبعيض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه . وذكر الشوكانى أن سيبويه أنكر أنها للتبعيض فى خمسة عشر موضعاً من كتابه .

ووجه إفادتها العموم على احتمال الزيادة أن التركيب بدونها واضح فى إفادة العموم على نحو مايفهم من قوله تعالى «فاغسلوا وجوهكم» الخ . فزيادة الباء فى هذا التركيب تفيد تقوية العموم المستفاد منه وتدفع توهم أن الشارع كما خفف وظيفة الرأس من غسل الى مسح - يريد أن يخفف فى مقدار الممسوح أيضا

أما وجه إفادتها العموم على احتمال الالصاق فهو أن الرأس حقيقة فى الكل . وإطلاقها على البعض مجاز لا يصار اليه إلا بموجب فيكون المطلوب الصاق المسح بكل الرأس . وهى فى ذلك نظير قوله تعالى فى التيمم «فامسحوا بوجوهكم» والتعميم فيه واجب باتفاق .

وعلى هذين الاحتمالين تكون الآية ظاهرة فى إفادة مسح الكل ولا إجمال فيها حتى تحتاج الي بيان . قد يقال إن الآية - على احتمال الالصاق ليست ظاهرة فى التعميم لأن الالصاق يصدق على البعض كما يصدق على الكل

والجواب : أن احتمال الزيادة المقتضية وجوب التعميم لا يزال قائما مع

احتمال هذا الالصاق وبذلك تكون الآية مجملة يرجع فى فهم المراد منها الى بيان الرسول ﷺ . وهنا يقول المالكية . أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ فى حديث واحد أنه اقتصر على مسح بعض رأسه وبه يثبت أن المراد من الآية مسح جميع الرأس وهو المطلوب

واستدل الشافعية بالآية أيضا . وبيانه أن الباء للالصاق وهو معنى لايكاد يفارقها فتكون الآية من قبيل المطلق ويكون المطلوب بها الصاق المسح بالرأس وهو يتحقق بمسح البعض كما يتحقق بمسح الكل شأن المطلق الذى يراد منه تحقيق الماهيه فى أى فرد من أفرادها

قالوا : ولو سلمنا احتمال زيادة الباء كانت الآية من قبيل المجمل ويرجع فى فهم المراد منها الى البيان وقد ثبت أنه ﷺ مسح البعض كما مسح الكل فقد جاء فى مسلم من حديث المغيرة بن شعبة أن النبى ﷺ توضأ ومسح على ناصيته وخفيه . وفى رواية « مسح بناصيته وعلى الخفين » وفى رواية ثالثة « مسح بناصيته وعلى العمامة »

وجاء في رواية أبى داود عن أنس رضى الله عنه قال : رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية فأدخل يده تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ، وسكت عليه أبو داود .

وجاء فى رواية البيهقي عن عطاء «أنه ﷺ توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه » أو قال «ناصيته» وهذا الحديث ـ وان كان مرسلا والشافعى لايعمل بالمراسيل ـ قد تقوى بالمتصل قبله فصح الاحتجاج به عنده .

فهذه الأحاديث صريحة فى جواز الاكتفاء بمسح البعض وعلى هذا يتعين حمل الباء على الالصاق ويمتنع حملها على الزيادة

واستدل الحنفية بالآية أيضا وقالوا . أن الزيادة خلاف الأصل فيتعين الالصاق مرادا من الباء ويكون المطلوب الصاق اليد بالرأس لأن قوله تعالى « وامسحوا » يستدعى مفعولا وهو آلة المسح التى هى اليد فيكون تقدير الآية وامسحوا أيديكم ملصقة برؤسكم . والقاعدة أن الباء إذا دخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة كما أنها إذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح . تقول مسحت رأس اليتيم بيدى فيفهم تعميم الرأس بالمسح . وتقول مسحت يدى برأس اليتيم فيفهم تعميم اليد بالمسح . والآية من قبيل الثاني فتقتضى تعميم اليد بالمسح . قالوا : واستيعاب اليد ملصقة بالرأس لا يستغرق غالبا سوى الربع فتعين مراداً من الآية وهو المطلوب

ولهم أن يسلموا احتمال زيادة الباء ويقولوا : إن الآية على هذا تكون مجملة لأن احتمال الزيادة واحتمال الالصاق قائمان فيها على السواء وقد بينت الأحاديث الواردة فى الباب أن المطلوب هو الالصاق وأنه إلصاق مخصوص بمقدار الناصية فما فوقها لأنه عليه السلام لم يلتزم مسح الكل كما لم يمسح أقل من الناصية أو مقدم الرأس والناصية ومقدم الرأس كلاهما يساوى الربع فليكن هو المفروض .

* * *

هذه مسالك الأئمة فيما ذهبوا اليه . وللناظر أن يمنع باديء ذى بدء احتمال زيادة الباء فى الآية لأن اللفظ اذا دار بين التأكيد والتأسيس كان التأسيس خيراً من التأكيد وبذلك يترجح حمل الآية على الالصاق والالصاق لا يفيد أكثر من نسبة الفعل إلى المفعول : فاما كون الفعل متعلقاً بالكل

أو البعض فلا دلالة عليه . وقول المالكية : إن الرأس حقيقة فى الكل مجاز فى البعض لا ينفع فى أن الالصاق يفيد العموم لأن الكلام إنما هو فى الصاق المسح بالرأس ويكفى فى صدقه حقيقة مجرد وقوع المسح عليها . وقد قال العلماء لو توقفت المباشرة الحقيقية على مباشرة الفعل لجميع المفعول لقل وجود الحقائق بل يكاد يلحق بالعدم فانه يلزم أن نحو ضربت زيداً وأبصرت عمراً مجاز لعدم العموم . وتنظيرهم بآية التيمم غير صحيح لأن فعل الرسول ﷺ فى التيمم اتصل بيانا بها فصرفها إلى التعميم ولولا البيان لاكتفى فيه بمسح البعض عملا بالقاعدة المعروفة فى إلصاق الفعل بالمفعول . وعلى هذا فلا يكون فى الآية إجمال بل تكون من قبيل المطلق الذى يكفى فيه حصوله فى فرد من أفراده . ولنا أن نسلم صحة احتمال الزيادة وأنه مساو لاحتمال الالصاق وأن الآية بذلك تكون مجملة يرجع فى بيانها الى فعل الرسول ولكن قولهم إن الرسول ﷺ لم يصح عنه انه اقتصر على مسح البعض ممنوع فان الأحاديث التى قدمناها فى الاستدلال للشافعية ثابتة وهى صريحة فى عدم مسح الكل فلا يثبت مدعاهم من وجوب التعميم .

ويتجه على الحنفية فى التوجيه الأول أن القاعدة التى ذكروها من أن الباء اذا دخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة واذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح لا يعرف لها فى اللغة أصل ولا شاهد فى الاستعمال لأنك تقول مسحت يدي بالحائط ولا يتوقف صدقه على استيعاب اليد كما تقول مسحت الحائط بيدى ولا يتوقف صدقه أيضاً على استيعاب الحائط ومثل ذلك كثير في الاستعمال الشائع المعروف والحق أن الأمر فى مثل هذا يرجع الى الاغراض والقرائن .

على أن الظاهر من الآية الكريمة أن الفعل فيها منزل منزلة اللازم وليس المفعول مقدر فى نظم الكلام ولا يحتاج الى تقديره فيه فليس المطلوب فيها الا ايقاع المسح على الرأس . أما تقدير المفعول وتعيين أنه اليد وأن الكلام يقتضى استيعابها فى المسح فلا دلالة فى الآية على شيء منه .

ويتجه عليهم في الثانى أن الأحاديث الواردة فى الباب على فرض إجمال الآية ترفع ذلك الاجمال الناشيء من احتمال الزيادة المفيد لتعميم الرأس بالمسح واحتمال الالصاق الذى يفيد أن المطلوب هو مطلق المسح الصادق بالكل وبأى بعض منه وتفيد أن المراد هو مطلق الالصاق ويقتصر عمل تلك الأحاديث على هذا . وليس لهم أن يقولوا أن الاحاديث قيدت المطلق بفرد معين وهو مقدار الناحية فما فوقه لأن هذا يكون تقييداً المطلق ومن قواعدهم أن تقييد المطلق نسخ له وهو لا يثبت بخبر الاحاد عندهم . وبهذا يبقى المطلق على إطلاقه ويجزيء أي فرد منه . والتزام النبي ﷺ مسح الناصية فما فوقها لا يمنع جواز الأقل .

لا يقال . إن مسح الاقل لو كان جائزا لفعله النبي ﷺ ولو مرة تعليما للجواز لأنا نقول . محل ذلك اذا كان الجواز متوقفا على فعله . فأما إذا كان له دليل غير الفعل فانه يستفاد من ذلك الدليل ولا يتوقف على الفعل فان النبي ﷺ قد واظب على المضمضة والاستنشاق ومع ذلك قال الحنفية بعدم وجوبهما أخذاً من أدلة أخرى دالة على جواز الترك وآية مسح الرأس بعد بيانها بالأحاديث صارت مطلقة تفيد الاكتفاء بأى فرد شأن المطلق

ويتجه على الشافعية أن التوجيه الذى ذكروه ـ وإن كان وجيها قويا

لا يفيد جواز الاكتفاء بمسح شعرة أو ثلاث شعرات فان مادة المسح تقتضى امرار مابه المسح على الرأس وذلك لا يتحقق بمسح شعرات تعدفان ذلك يكفى فيه وضع جزء يسير من أصبع علي الرأس ومثل هذا لا يقال له مسح لغة ولا عرفا

فالحق أن الآية من قبيل المطلق وأنها لا تدل على أكثر من إيقاع المسح بالرأس وذلك يتحقق بمسح الكل وبمسح أى جزء قل أم كثر ما دام فى دائرة ما يصدق عليه اسم المسح . وان مسح شعرة أو ثلاث شعرات لا يصدق عليه ذلك . والله أعلم

الموضوع الثانى
فى أمور اختلف الأئمة فى فرضيتها

قال الحنفية ليس للوضوء فرائض غير الاربعة التى صرح بها النظم الكريم وخالفهم فى ذلك الائمة الثلاثة . فالشافعية زادوا فرضى النية والترتيب والحنابلة زادوا النية والترتيب والموالاة ـ وزاد المالكية النية والموالاة والتدليك ـ ومن هذا يعلم أن ثلاثتهم اتفقوا على زيادة النية . وأن المالكية انفردوا باثبات فرضية التدليك . وأن الشافعية والحنابلة اتفقوا على إثبات فرضية الترتيب . وأن المالكية والحنابلة اتفقوا على اثبات فرضية الموالاة وسنجعلها علي هذا الترتيب فى الأدلة والنظر

النية

للنية معنيان . أولهما قصد الشيء مقترنا بفعله . ثانيهما قصد التقرب وامتثال الأمر . فان فسرت النية بالأول وهو العام . كانت ثمرة الخلاف بين

المثبتين لفرضيتها فى الوضوء والنافين لها صحة وضوء الداهل والملقى فى الماء وعدمها . أما الفعل الصادر قصدا واختيارا فهو على هذا وضوء شرعي باتفاق الطرفين وإن لم يكن بنية رفع الحدث أو استباحة الصلاة أو مالا يحل ألا به كالوضوء بقصد التبرد أو التنظيف الذي تجري به عادة الناس لكن المنصوص عليه فى كتب الأئمة الثلاثة أن الوضوء بقصد التبرد أو التنظف ليس وضوءا شرعياً وعلى هذا يكون محل الخلاف بينهم هو المعنى الثانى الخاص .

فغير الحنفية يقولون بفرضية قصد التقرب أو رفع الحدث مثلا والحنفية يقولون بعدم فرضيته في الوضوء فالمدفوع فى الماء والمتبرد به متوضئان عندهم خلافا للأئمة الثلاثة

ومقتضي النظر أن مطلق القصد شرط طبيعى لتحقق الفعل الاختيارى وبعدمه لا يصدق على الشخص (أنه فعل) فالمدفوع الى الماء ومن صب عليه الماء حتى عمه لاينسب اليهما الفعل يشهد بذلك اللغة والعرف .

وإذا كان القصد العام شرطا طبيعيا لتحقق نسبة الفعل للفاعل فلا معني للقول بوجوبه أو سنيته . والذى يصح أن يكون فرضا أو سنة إنما هو قصد التقرب أو امتثال الامر وبذلك تنحصر ثمرة الخلاف في المتبرد والمتنظف ويرشد الى هذا تفسير الحنفية للنية التى جعلوها سنة بقولهم (قصد إزالة الحدث أو إباحة الصلاة وهى فرض عند الشافعى وسنة عندنا) فانه صريح فى أن محل الخلاف هو المعنى الخاص ولم نجد منهم من فسر النية فى محل النزاع بمجرد القصد حتى تكون حركة الداهل فى الماء وضوءا عندهم الا أن تفريعاتهم وبعض كلماتهم فى الاستدلال صريحة فى اعتباره وضوءا . لذا كان محل الخلاف النية بالمعنى الخاص

فغير الحنفية يثبتون فرضيته والحنفية ينفونها . ولا يخفى أن نفى المقيد يصدق بنفى القيد فقط وبنفى المقيد . فما ليس فيه قصد أصلا . وما قصد به غير التقرب وضوء عند الحنفية وليس وضوءاً عند غيرهم . هذا وقد علمت ما يقضى به وجه النظر فى محل الخلاف . وهو أن يتوجه النفى إلى القيدفقط .

الأدلة

استدل الجمهور على فرضية النية في الوضوء بما يأتى :

اولا ـ قوله ﷺ فى الحديث المتفق على صحته (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى) قالوا : إن الوضوء عمل . وقد أفاد الحديث أن العمل لايوجد شرعا إلا بالنية وهو عام لا يختص به بعض دون بعض .

ثانيا ـ قوله تعالى (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) نفى سبحانه وتعالى أن يكون قد أمرنا بشىء إلا بعبادته مخلصين له الدين الذى أمرنا به وهو عام يشمل جميع ما أمرنا به . والوضوء مأمور به . فلزم فيه إخلاص النية لله

ثالثا ـ قالوا الوضوء عبادة ذات أركان فوجبت فيها النية كالصلاة . والوضوء طهارة من حدث تستباح بها الصلاة فلا تصح بلا نية كالتيمم

رابعا قوله تعالى فى آية الوضوء (فاغسلوا وجوهكم) الآية .فانه قدأمر به عند القيام إلى الصلاة . و مثل هذا يدل على طلب الفعل لأجل الشرط نظيره إذا لقيت العالم فترجل فالمطلوب غسل الاعضاء لأجل الصلاة وهو معنى النية .

واستدل الحنفية بما يأتى :

أولا – إن آية الوضوء لم تأمر إلا بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح بالرأس . ومقتضى الأمر حصول الاجزاء بفعل المأمور به من غير توقف على شيء آخر . واثبات فرضيتها بحديث الآحاد زيادة على نص الكتاب والزيادة على الكتاب نسخ لا يصح بالآحاد

ثانيا – ان الوضوء طهارة بماء فلا تشترط لها النية كازالة النجاسة. وأيضا ان الوضوء شرط للصلاة لا على طريق البدل فلا تجب له نية كستر العورة

ثالثا من الفروع المتفق عليها أن الذمية لو انقطع حيضها يحل لزوجها المسلم وطؤها اذا اغتسلت ولو كانت النية فرضاً لما حلت لزوجها. ولا قائل بالفصل بين الغسل والوضوء

***

هذه هى أدلة الفريقين في المسألة : وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر فقيل للجمهور ان الحديث وارد فى قبول الأعمال وعدم قبولها ولا دخل له فى الصحة وعدمها ويدل عليه قوله : فمن كانت هجرته الخ ولا يلزم من توقف القبول على النية توقف الصحة عليها فكم من عمل صحيح شرعا غير مقبول. وظاهر أن تحقق الوضوء شرطا لصحة الصلاة لا يتوقف على أن يكون مقبولا بل يكفى أن يكون صحيحا شرعا

وقيل لهم فى آية وما أمروا إلا ليعبدوا الخ على فرض أن العبادة أعم من التوحيد نحن نقول بموجبها إن الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية والاخلاص لله . والوضوء باعتباره شرطا للصلاة لا يلزم أن يكون عبادة وليس كل مأمور به عبادة. فان المأمور به قسمان : مأمور به لذاته ، كالصلاة

وهذا عبادة لا بد فى صحته من النية . ومأمور به لغيره والمطلوب حصوله لا تحصيله شأن الوسائل والشروط . والوضوء من قبيل الثانى لا الأول . على أن الاخلاص المذكور في الآية هو الاخلاص المعتبر في القبول عند الله وليس هو النية المعتبرة شرطا لصحة العمل . فانها توجد بدونه كما فى المرائى بوضوئه وصلاته .

وقيل لهم فى آية الوضوء أن غاية ماتدل عليه وجوب الوضوء حين تحقق الشرط . أما أن يقصد المتوضى حين الغسل أن وضوءه لأجل الصلاة وأنه امتثال للامر فلا تدل عليه .

وقيل لهم فى القياس الأول لا نسلم أن الوضوء من جهة كونه شرطا للصلاة عبادة . نعم قد يكون عبادة وعندئذ لا بد له من النية . وفى القياس الثانى إنه قياس مع الفارق لأن الوضوء بالماء الذى هو مطهر بنفسه أما التيمم فهو بالتراب الملوث بطبعه ولا يكون مطهرا إلا بالنية . ويدل عليه أن التيمم لا يزيل الحدث بدليل وجوب الوضوء إذا وجد المتيمم ماء . فالتيمم تعبد محض ولا بد فى مثله من النيه . والوضوء ليس كذلك . على أن هذا القياس فاسد فى ذاته . لأن شرط صحة القياس ألا يكون الأصل متأخرا فى المشروعية عن الفرع ولا شك أن التيمم متأخر فيها عن الوضوء .

***

وقيل للحنفية : سلمنا أن آية الوضوء لم تأمر إلا بما ذكر فيها ولكن نمنع قولكم إن مقتضى الامر حصول الاجزاء بفعل المأمور به بل مقتضى الامر عند الجميع وجوب المأمور به . وهذا لا يمنع أن الشارع اشترط له شروطاً أخر استفيدت من دليله أو من غيره . ألا ترون أن التيمم مأمور

به ومع ذلك لا يجزىء مجرداً عن نية الطهارة أو رفع الحدث . ولا نسلم أن فرضية النية ثبتت بحديث الآحاد وانما ثبتت بعمومات الدين القاضية بالاخلاص فى العبادات فليس من قبيل الزيادة على الكتاب بخبر الواحد كما تظنون ولو سلمنا أنه بحديث الآحاد فكم اثبتت أحاديث الآحاد ماليس فى القرآن. وفرق بين اثبات مالم يعرض القرآن له بنفى أو اثبات واثبات ماعرض القرآن لنفيه . والممنوع هو الثانى لا الأول وآية الوضوء وان لم تثبت النية فليس فيها ماينفيها . أما قياسهم على إزالة النجاسة فقياس مع الفارق إذ المقصود فى المقيس عليه إزالة امر حسى فيكفى حصوله أما المقصود في الوضوء فازالة مانعية حكمية شرعية فالتعبد فيها هو الظاهر فتحتاج الى النية. وبهذا الاعتبار كان قياسه على التيمم أولى من قياسه على إزالة النجاسة . وأما قياسهم الوضوء على ستر العورة فقياس مع الفارق لأن ستر العورة أدب عام يطلب من غير المكلف وممن ليس أهلا للصلاة والعبادة كمجنون وصبي لا يميز أما الوضوء فشرط خاص بالصلاة وما ألحق بها فيأخذ حكمها . أما حل وطء الذمية بالغسل المجرد عن النية فضرورة دعت اليها حالة الزواج ولذا لا يعتد بهذا الغسل بعد اسلامها فى الصلاة ومثلها. وقد أباح الشارع نكاح الكتابية مع العلم بعدم التزامها أحكام الدين وعدم صحة النية منها فدل ذلك على أنه يترخص في النكاح وتوابعه مالا يترخص فى غيره من العبادات . هذا ماناقش به كل فريق أدلة الآخر والكلام كما ترى سجال وليس من شىء يستدل به أحد الفريقين إلا ويوجه عليه من قبل الآخر نقد أو منع. أما الذى نرى فيتبين مما يأتى :

لاشك أن محل النزاع هو النية بمعنى قصد رفع الحدث لا النية بمعنى اخلاص العمل فانها بهذا المعنى شرط فى القبول ولا يلزم من عدمها عدم

النية بالمعنى الأول وبهذا يتضح أن استدلال الأئمة الثلاثة بحديث : إنما الأعمال بالنيات وآية : وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين استدلال فى غير محل النزاع وقد سبق بيانه .

ولا شك أن الوضوء مأمور به شرطاً للصلاة . والآية صريحة فى طلبه عند إرادتها ومثل هذا التركيب يدل لغة وعرفا على أن الجزاء مطلوب للشرط كما سبق بيانه . ومقتضى الامر وجوب المأمور به على الوجه المأمور به وقد علمت دلالة الآية على طلب الوضوء للصلاة . وهو معنى افتراض النية . ومن هذا يتبين أنه لادخل لحديث الآحاد فى اثبات الفرضية حتى يقال لا نزاد به على الكتاب .

ولا شك فى أن الوضوء كالتيمم كلاهما مأمور به طهارة شرعية ترفع مانعية شرعية حكمية وتبيح مالا يستباح مع تلك المانعية . وهذه الطهارة محض اعتبار من الشارع لامدخل للماء ولا للتراب فيه حسا فجهة التعبد فيها ظاهرة ومثلها يحتاج الى النية . وكان من أثر ذلك الاجماع على وجوب النية فى التيمم . أما قول الحنفية أن الماء خلق طهوراً فلا يحتاج فى تطهيره الأعضاء الى نية فلا يفيد لأن طهورية الماء الواردة فى قوله تعالى . وأنزلنا من السماء ماء طهورا . المراد بها الطهورية الحسية التى هى صفاء الماء ونقاؤه من الشوائب التى تضعف خصائصه . يدل على ذلك سياق الآية وسباقها أنظر قوله تعالى : لنحيي به بلدة ميتاً ونسقيه مما خلقنا أنعاما وأناسى كثيرا : وبذلك تعلم أن الآية بمنجاة عن الطهورية الشرعية التى كلامنا فيها . على أنه كما ورد أن الماء طهور ورد أن التراب طهور . وكما قال الله فى جانب الماء ليطهركم به . قال فى جانب التراب ليطهركم به . نعم اعتبر

الشارع الماء أصلا فى تلك الطهارة الشرعية لكن ذلك لا يقتضى أن بينهما فرقا من حيث إزالة المانعية التى باعتبارها تجب النية . وأما قول بعض الحنفية إن النية وجبت فى التيمم لتصريح آيته بالقصد ولم يوجد ذلك فى آية الوضوء فقد رده الكمال بأن القصد الذى ينبىء عنه التيمم ليس هو القصد المشروط فى الصحة الذى هو قصد استباحة الصلاة أو مالا يحل إلا به . والذى فى الآية قصد التراب لاستعماله . ولعلك بعد التأمل فيما سلف يظهر لك رجحان القول بفرضية النية فى الوضوء وأن عموم الماء للأعضاء بدون قصد أصلا أو بقصد التبرد ليس غسلا للصلاة حتى يؤدى مهمته الشرعية ويحقق المأمور به كما أمر به

التدليك

عرف المالكية الدلك الذى جعلوه من فرائض الوضوء بقولهم : امرار اليد على العضو ولو بعد صب الماء قبل جفافه . واستدلوا على فرضيته بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى « فاغسلوا » . قالوا : ليس الغسل مجرد إصابة الماء للعضو فان ذلك يتحقق بالغمس وبالصب ولا يقال لواحد منهما فى اللغة بمجرده إنه غسل . والمعروف فى اللغة والعرف أن إصابة الماء لا تكون غسلا الا اذا صاحبها الامرار بشىء آخر على الجسم ولا نعني بالدلك أكثر من هذا وقوله تعالى فى آية الغسل وإن كنتم جنبا فاطهروا . قالوا : الصيغة للمبالغة والمبالغة انما تكون بالدلك .

أما السنة . فقد ذكر لهم منها أن النبى ﷺ حين علم عائشة الغسل من

الجنابة أمرها بالدلك والتتبع . ومنها أنه قال : إن تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وانقوا البشرة .

أما القياس : فقاسوا طهارة الحدث على إزالة النجاسة حيث لا تجزىء الا بالعرك وهو الدلك .

واستدل الجمهور بأنه ليس فى آية الوضوء ما يفيده ولا فى السنة ما يثبته أما الآية فلم يذكر فيها سوى الغسل وهو إصابة الماء للعضو وأما السنة فكل من وصف وضوءه ﷺ لم يذكر فيه التدليك والثابت فى صفة غسله عليه الصلاة والسلام مجرد الافاضة نعم كان يتتبع مواضع الشعر ليصل الماء الى البشرة لا لأن الدلك مفروض . فلعائشة رضى الله عنها فى الصحيحين (ثم أفاض على سائر جسده) ولميمونة فيما رواه الجماعة (ثم أفرغ على جسده) ولأم سلمة فيما رواه الجماعة الا البخارى (إنما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين) وهكذا سائر ماروى عنه ﷺ عملا وتعليما فى الغسل ، واذا لم يكن التدليك واجبا فى الغسل لا يكون واجبا في الوضوء فالقول بفرضيته قول بلا مستند وزيادة محضة على ما فى الكتاب والسنة فلا يعول عليه ، هذا وقد ناقش الجمهور أدلة المالكية فمنعوا دخول الدلك فى مفهوم الغسل لغة ، ومنعوا دلالة صيغة المبالغة فى آية (وإن كنتم جنبا فاطهروا) عليه بأنها جاءت فى التيمم (ولكن يريد ليطهركم) مع أنه مسح خفيف بالاجماع ، وقالوا ليس قياس غسل الجنابة على إزالة النجاسة التى تحتاج الى ذلك بأولى من قياسه على إزالة النجاسة التى يكفى فى إزالتها صب الماء فقط على أن النجاسة عين تجب إزالتها وليس في جلد المحدث عين تجب إزالتها فلا يصح هذا القياس .

« * »

هذا والمتتبع للاستعمال العربى يجد فرقا كبيرا بين معانى الألفاظ الآتية :

أسال ـ صب ـ غمس ـ غسل . فالاسالة إرسال الماء على الجسم . والصب إنزاله عليه . والغمس إدخال الجسم فيه . والغسل إمرار اليد أو نحوها بالماء على الجسم لتنظيفه وإزالة ما به من الأدران . وهذا فرق لا يمكن إنكاره .

وفى الحديث أن النبي ﷺ أتى بصبي لم يأكل الطعام فبال على ثوبه فأتبعه الماء ولم يغسله وهو نص فى الفرق الذى ذكرنا . ومن هذا يتبين أن امرار اليد أو نحوها داخل فى مفهوم مادة غسل وقد عبر بها القرآن فى جانب كل من الوضوء والغسل (فاغسلوا وجوهكم .حتى تغتسلوا) فكان مقتضاه اشتراط امرار اليد فى كل منهما وبه قال مالك رضي الله تعالى عنه غير أن من وصف غسل النبي ﷺ أو تعلم منه الغسل لم ينقل أنه أمر يده أو نحوها بالماء على الجسم كله أو أمر بذلك . وإنما نقل أنه كان يغسل أعضاء الوضوء ثم يفيض الماء على سائر جسده بلفظ الافاضة أو الافراغ وكان ذلك دليلا على أن المراد بمادة غسل فى جانب الغسل مجرد الافاضة . ولعل ذلك لما فى التزام الامرار بسائر الجسد من الحرج والمشقة مالا يوجبه الشارع الذى قال فى معرض الطهارة . ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج . وبقيت المادة فى أعضاء الوضوء على معناها المعروف وهو امرار اليد بالماء على العضو نظراً لعدم الحرج فى ذلك وليس الناس بحاجة الى نقل الدلك عن رسول الله ما داموا مجمعين على أنه كان يغسل الأعضاء ومن ضرورة الغسل الدلك كما عرفت يرشد الى ذلك أن

الرواة يذكرون فى صفة اغتساله مادة الغسل بالنسبة لاعضاء الوضوء وكلمات الافاضة والافراغ والحثى بالنسبة لسائر الجسد فوقع ذلك بيانا المراد من المادة فى جانب الاغتسال

ومن هذا يظهر أن مقتضى الدليل فرضية الدلك فى الوضوء وفى غسل أعضائه فى الغسل . ولو ذهب إلى ذلك ذاهب لما كان بعيداً . قال الكمال فى فتح القدير تعليقا على قول صاحب الهداية (والغسل هو الاسالة)

يفيد أن الدلك ليس من حقيقته خلافا لمالك فلا يتوقف تحققه عليه . ومرجعهم فيه قول العرب غسلت المطر الارض وليس فى ذلك إلا الاسالة ـ وهو ممنوع بأن وقعها من علو خصوصا مع الشدة والتكرار دلك أى دلك وهم لا يقولونه إلا إذا نظفت الارض وهو إنما يكون بالدلك . و بأنه غير مناسب للمعنى المعقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة للقيام بين يدي الرب سبحانه وتعالى تخفيفا وإلا فالقياس الكل والناس بين حضرى وقروى خشن الأطراف لا يزيل ما استحكم فى خشونتها إلا الدلك . فالاسالة لاتحصل مقصود الشرعية اه

ولعلك تجد فى قوله بيانا للحكمة : تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة تخفيفا . مايقرب لك وجه التفرقة التى ذكرنا بين أعضاء الوضوء وسائر الجسد من اعتبار الدلك فى الاول دون الثانى

الترتيب

الترتيب هو الاتيان بفرائض الوضوء مرتبة على النحو الذى ذكرت به فى النظم الكريم :

واستدل الشافعية والحنابلة على فرضيته فى الوضوء بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فأية الوضوء نفسها وذكروا لذلك وجهين :

الأول – إن أعضاء الوضوء لم تذكر فى الآية بترتيب وجودها فى الخارج كالرأس واليدين والرجلين . ولا بقاعدة ضم المتجانس بعضه الي بعض كان يذكر المغسول ثم الممسوح . وانما وردت على هذا الترتيب الخاص الذى خالف مقتضى الترتيب الخارجى . ومقتضى الظاهر على ما أسلفنا : فورود الاية على هذا الوجه لا بد له من فائدة ، وليس هناك مايصلح فائدة إلا الدلالة على أنه واجب فى الوضوء وإلا لما قطع النظير عن النظير ، وخولف الترتيب الوجودى : وبذلك الوجه تكون الاية ظاهرة فى الترتيب .

الثانى – سلمنا أن الآية ليست ظاهرة فيه ولكنها من غير شك تحتمله احتمالا مساويا وقد ترجح جانبه بقوله عليه الصلاة والسلام ابدأوا بما بدأ الله به . وهذا أصل عام يعمل به فى كل ما أشبه سببه لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيتصل هذا بآية الوضوء بيانا ويدل علي وجوب الترتيب فيه .

أما السنة فقد مضى عمل الرسول ﷺ وأصحابه من بعده على التوضؤ بالترتيب المنصوص عليه فى الآية وكل من نقل وضوءه ﷺ وصفه مرتبا ولم ينقل فى ذلك خلاف لأحد مع كثرة الرواة وكثرة المواطن التى رأوه فيها فلو جاز الوضوء غير مرتب لترك الترتيب فى بعض الأوقات ولو مرة تعليما للجواز كما ترك التكرار فى أوقات لذلك

أما القياس فقالوا إنه عبادة تشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض في تحقيق الغرض المقصود منها : فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج

واستدل الحنفية والمالكية بما يأتى

أولا — عطفت آية الوضوء أعضاءه بعضها على بعض بالواو وهى لا تقتضى الترتيب فعلى أي وجه تحققت جملة المطلوب فقد أجزأت وضوءاً شرعيا فالقول بوجوب الترتيب زيادة على النص بغير مستند فلا تقبل

ثانيا — روي البخارى عن عمار بن ياسر أنه ﷺ علمه التيمم فمسح بيديه قبل وجهه ولا فرق بين الوضوء والتيمم . وروى عن على وابن مسعود (ما أبالى بأى أعضائى بدأت) وعن ابن مسعود (لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك فى الوضوء) وعن ابن عباس (أنه ﷺ توضأ فغسل وجهه ثم يديه ثم رجليه ثم مسح رأسه .

ثالثا — الوضوء طهارة فلا يجب فيها ترتيب كالغسل وكتقديم اليمين على الشمال . وقالوا لو اغتسل المحدث دفعة واحدة ارتفع حدثه. هذا والمعول عليه عندهم فى عدم فرضية الترتيب هو البراءة الأصلية وعدم قيام حجة عليه قال ابن نجيم فى شرح الكنز (والحاصل أنه لا حاجة الى إقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به)

* * *

قيل للشافعية والحنابلة أن فائدة ورود النظم على هذا الترتيب لا يلزم أن تكون هى الدلالة على وجوب الترتيب لم لا يجوز أن تكون هى التنبيه على وجوب الاقتصاد فى صب الماء على الأرجل نظراً لأنها مظنة الاسراف فلا يفيد وجوب الترتيب .

وقيل لهم إن حديث : ابدأوا بما بدأ الله به حديث آحاد فلا يثبت به الفرض ولا يزاد به على الكتاب . وقيل لهم : إن المواظبة لا تدل على

الوجوب لتحققها فى المضمضة والاستنشاق مع قولكم بعدم وجوبهما فى الوضوء والدلالة على الجواز تستفاد من عدم الانكار على من لم يفعل فلا تتوقف إفادة الجواز على تركه ﷺ . وقيل لهم في القياس قياس فى العبادة وهو غير جائز . سلمنا ولكنه فى إثبات الشرط الشرعى وهو لا يثبت به

وقيل للحنفية والمالكية : قولكم العطف بالواو وهى لا تقتضى الترتيب مسلم عند عدم القرائن الدالة على إرادة الترتيب. والقرائن الدالة عليه كثيرة وهى المواظبة وحديث ابدأوا ومخالفة مقتضى الظاهر فى الأسلوب العربى. ومعنى المروى عن على وابن مسعود عدم الترتيب بين اليمين والشمال ونحن لا نقول به . وذلك لأنهما لم يذكرا مرتبين بل ذكرا جملة واحدة كالجسم فى الغسل فلا يصح القياس عليه . أما رواية ابن مسعود الثانية وحديث ابن عباس فلم يثبت واحد منهما كما نص عليه علماء الرواية والحديث. والفرع الذى ذكروا غير مسلم . ولو سلم فرفع الحدث الأصغر بالغسل لأنه يرفع الأكبر والأصغر فى ضمنه فلم يكن للوضوء فائدة فى أصل رفع الحدث

* * *

والذى نراه أن النافين لوجوب الترتيب يشعرون بضعف أدلتهم التى أوردوها على عدم فرضيته فراحوا يقولون لاحاجة الى اقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به وهى كلمة حق لأن الوجوب خلاف الأصل ومدعيه مطالب بدليله وقد أتى فعلا بأدلة إن لم تثبت الفرضية فلا أقل من أن تثبت الوجوب الذى يترتب على تركه عند الحنفية لزوم الاعادة أو استقرار كراهة التحريم . وأما الفائدة التى أبدوها للترتيب وهى الاقتصاد فى صب الماء ففائدة ليس من شأنها أن تقصد فى هذا المقام كيف والاقتصاد

فى صب الماء على العموم تكفلت به عمومات وخصوصات وهو فوق ذلك ليس من مقومات الوضوء التى سيقت الاية بجوهرها وأسلوبها لافادتها ؛ وقولهم ان حديث (ابدأوا) حديث آحاد فلا تثبت به فرضية مبنى على قولهم الزيادة على الكتاب نسخ وهو غير مسلم . ولو سلم فالحديث متصل بالآية بيانا لارادة أحد الاحتمالين . والثبوت فى مثل هذا مضاف الى المبين باتفاق . وقد أخذ المالكية والحنفية بهذا الحديث فى باب الحج وقالوا (إن بدأ بالمروة لا يحتسب هذا الشوط) واثبتوا به شرطية البداة فى واجب السعى بالصفا . وقولهم ان المواظبة لا تدل على الوجوب لتحققها فى المضمضة والاستنشاق مع عدم وجوبهما لا يسلمه الحنابلة لأنهم يقولون بوجوبهما فى الوضوء . وللشافعية أن يقولوا أن اسم الوجه لا يتناول الا ما به المواجهة وداخل الفم والأنف ليس منه . واللفظ فى العربية لا يدل عليهما بخلاف الترتيب فان الأسلوب كما ذكروا يدل عليه . على أن الحق وجوب المضمضة والاستنشاق فى الوضوء . قال الشوكانى نقلا عن صاحب الفتح (وذكر ابن المنذر أن الشافعى لم يحتج على عدم وجوب الاستنشاق مع صحة الأمر به إلا لكونه لا يعلم خلافاً فى أن تاركه لا يعيد وهذا دليل فقهى فانه لا يحفظ ذلك عن أحد من الصحابة والتابعين إلا عن عطاء وهكذا ذكر ابن حزم فى المحلى) ثم ساق الشوكانى بعد ذلك حديث الأمر بهما والمبالغة فيهما إلا فى صوم . (قال : قال أبو الحسن بن القطان . فهذا أمر صريح صحيح وانضم اليه مواظبة النبي ﷺ فثبت ذلك عن النبي ﷺ قولا وفعلا مع المواظبة) وختم المسألة بقوله : إذا تقرر هذا علمت أن المذهب الحق وجوب المضمضة والاستنشاق والاستنثار اﻫ وبهذا بطل الاستدلال

بهما على أن المواظبة لا تقضى الوجوب . ونقول هنا أيضا . أن النبى ﷺ لم يترك الترتيب فى الوضوء قولا ولا فعلا ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنهم نكسوا وضوءهم حتى يتوجه اليهم انكار وذلك أنهم ما كانو يفهمون من أسلوب الآية وفعل الرسول المتكرر الدائم وتعليمه العام إلا لزوم الترتيب فى الوضوء ولما لم توجد مواظبة على الترتيب فى التيمم فهم أن الترتيب غير مراد فى آيته وكان ذلك بيانا فيه يخالف البيان فى آية الوضوء . على أن مخالفة الظاهر فى الأسلوب غير موجودة فى التيمم لأن اليد بعد الوجه فى الجسم والوظيفة فيهما واحدة وهي المسح فلم يتحقق الفصل بين المغسول والمسح حتى يلتمس له نكتة وتكون النكتة الترتيب فظلت الواو على أصلها وعلى ذلك جاء قول الرسول وفعله واستمر الصحابة على ذلك لا يعرفون غير الترتيب فى الوضوء ولا يتوضأون الا مرتبين ثم درج المسلمون فى جميع العصور على الترتيب ولم يؤثر خلاف ذلك

الموالاة

هى متابعة أفعال الوضوء بحيث لا يقع بينها ما يعد فاصلا فى العرف . استدل المالكية والحنابلة على فرضيتها بما يأتى :

أولا . ماروى خالد بن معدان عن بعض أزواج النبى ﷺ (أن رسول الله ﷺ رأى رجلا يصلى فى ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبى ﷺ أن يعيد الوضوء) رواه أحمد وأبو داود وزاد : والصلاة . قال الأثرم . قلت لأحمد هذا اسناده جيد؟ قال جيد .

ثانيا : أمر الكتاب بغسل الأعضاء المخصوصة وهو محتمل أن تغسل

متتابعة أو غير متتابعة فجاءت السنة العملية التى لم ينقل عن الرسول خلافها مبينة للتتابع وعلى التتابع درج الأصحاب ومن بعدهم .

واستدل الآخرون بما رواه جرير بن حازم عن قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا جاء الى النبي ﷺ وقد توضأ وترك على ظهر قدمه مثل موضع الظفر فقال له ﷺ ارجع فاحسن وضوءك رواه احمد وأبو داود والدار قطني . وقال تفرد به جرير بن حازم عن قتادة وهو ثقة . ووجه الاستدلال أنه لم يأمره إلا بالاحسان وهو يتحقق بغسل ذلك العضو الذى ترك شيء منه . ثم قالوا فى حديث المثبتين أن ابن المنذر أعله ببقية بن الوليد لأنه عنعنه وقال (عن بجير) وهو ضعيف اذا عنعن لتدليسه وأن ابن القطان والبيهق حكما عليه بالارسال لأنه لم يسم فيه الصحابى والاحتجاج به موضع نظر وأن النووى قال : حديث خالد ضعيف الاسناد .

(*)

وأنت بعد أن علمت أن الأثرم سأل احمد عن اسناده فقال له جيد وأنه قال له إذ قال رجل من التابعين حدثنى رجل من أصحاب رسول الله لم يسمه فالحديث صحيح قال نعم . وأن بقية صرح بالتحديث كما هو فى المستدرك . وأن ابن حجر أنكر على النووى تضعيف الحديث . لا تشك بعد ذلك كله فى صلاحية حديث خالد للاستدلال والبيان . كيف وقد اتصلت به المواظبة فلم يبق سوى قولهم ان الأمر بالاحسان لا يقتضى الأمر بالاعادة ولا شك أن الاعادة مما يتحقق بها الاحسان فليحمل الأمر بالاحسان عليها جمعاً بين الأدلة وعملا بالاحتياط الواجب فى العبادة :

وبعد فانا لا نكاد نفهم أن رجلا يذهب ليتوضأ فيغسل وجهه ثم ينصرف

لحاجة ما ويمضى ماشاء أن يمضى من الزمن ثم يعود فيغسل يديه ثم ينصرف لأخرى ويمضى فيها ماشاء من الزمن ثم يعود فيمسح برأسه ثم ينصرف ثم يعود فيغسل رجليه ثم يكون بعد ذلك كله متوضئاً وضوءاً شرعياً بحجة (أن مرور الزمن ليس من نواقض الوضوء شرعاً) وليس من شك فى أن مثل هذا لا يكون إلا لاعباً غير مكترث ولو أنه فعل ذلك بأكله وشربه عد عابثاً هازلا ولا نكر فعله العقلاء. نعم للعاجز عن الموالاة حكم يخصه كسائر العاجزين عما كلفهم الله.

قراءة المؤتم

اتفق العلماء على أن الامام لا يحمل عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة غير القراءة أما القراءة فقد اختلفوا فيها على مذاهب.

ذهب الحنفية الى أن القراءة ساقطة عن المأموم سرية كانت الصلاة أم جهرية ولو قرأ كره تحريماً. وقال السرخسى تفسد صلاته في قول عدة من الصحابة. منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبى وقاص. ونسب إلى محمد فى شرح الهداية أنه استحسن للمؤتم أن يقرأ الفاتحة احتياطاً. ولكن قال صاحب الفتح (والحق أن قول محمد كقولهما) ونقل من كتب محمد ماهو صريح فى منعه من القراءة ثم قال (ولا يخفى أن الاحتياط فى عدم القراءة خلف الامام لأن الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين وليس مقتضى أقواهما القراءة بل المنع)

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على المؤتم غير أنه يقرأ الفاتحة فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفاتحة والسورة إذا كانت سرية

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن القراءة لا تجب على المؤتم مطلقا . غير أن المالكية قالوا تندب فى السرية وأن جهر فيها الامام . وتكره فى الجهرية وان لم يسمع من الامام

أما الحنابلة فقالوا تسن قراءته فى سكتات الامام وفى الحالات التى لا يسمع فيها الامام لاسراره أو بعده

ويتلخص أن الحنفية يمنعون المؤتم من القراءة مطلقا . والشافعيه يوجبونها مطلقا . والحنابلة والمالكية لا يوجبون ولا يمنعون : بل يستحبها الحنابلة فى السكتات وما ألحق بها سرية كانت الصلاة أم جهرية . ويستحبها المالكية فى السرية فقط

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أخرج البيهقى عن الامام احمد قال : أجمع الناس على أن هذه الآية فى الصلاة . وأخرج عن مجاهد كان ﷺ يقرأ فى الصلاة فسمع قراءة فتى من الانصار . فنزل (واذا قرىء القرآن الآية)

وعلى فرض أن الآية لم تنزل فى الصلاة فالعبرة كما قرر الأصوليون بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والآية تطلب من المكلفين استماعا وهو خاص بالجهرية وانصاتا وهو يعم السرية والجهرية فيجب على المخاطبين أن يستمعوا فيما يجهر به وأن ينصتوا فيما يسر به . وكان مقتضى ذلك أن يكون الاستماع فرضا تركه حرام . لكن العمومات القاضية بطلب القراءة من

كل مصل جعلت دلالة الآية ظنية مفيدة للوجوب الذي توجب مخالفته كراهة التحريم

أما السنة ، فمنها ، ما رواه أبو حنيفة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال « من صلى خلف امام فان قراءة الامام له قراءة » وهـذا عام كما ترى فيشمل الجهرية والسرية ، ويؤيده ما جاء فى احدى رواياته أن رجلا قرأ خلف رسول الله ﷺ وكان ذلك فى الظهر أو العصر ، فجعل رجل من أصحاب النبي ﷺ ينهاه عن القراءة فى الصلاة ، فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أتنهانى عن القراءة خلف رسول الله ﷺ ، فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبي ﷺ فقال ﷺ من صلى خلف امام الحديث ، فهذه القصة تدل على منع القراءة لأن جواب النبي ﷺ فيها خرج تقرير النهى الصحابى عن القراءة فى الصلاة ، وقد كانت الصلاة سرية ، واذا تقرر النهى فى السرية فمن باب أولى يتقرر فى الجهرية ، وهذا الحديث قد رفعه عدد من المحدثين بطرق صحيحة ورواه احمد عن جابر باسناد قال فيه ، اسناد صحيح متصل رجاله كلهم ثقات ، ومنها ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا » صححه مسلم

ومنها ماروى عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ صلى الظهر فجعل رجل يقرأ خلفه سبح اسم ربك الأعلى فلما انصرف قال « أيكم قرأ أو أيكم القارى فقال الرجل « أنا » فقال « لقد ظننت أن بعضكم خالجنيها » متفق عليه ، ومعنى خالجنيها نازعنيها ، وهذا الكلام يدل على انكار القراءة واذا أنكرت فى الظهر وهو صلاة سرية ففى الجهرية أولى

هذا وقد وردت آثار عن كثير من الصحابة وكلها صريحة فى المنع عن القراءة . فمن على (ليس على الفطرة من قرأ خلف الامام) وعن ابن مسعود — وقد سئل عن القراءة خلف الامام — انه قال . أنصت فان فى الصلاة شغلا ويكفيك الامام . وعنه أن من قرأ خلف الامام ملىء فوه ترابا . وعن سعد ابن أبى وقاص . وددت الذى يقرأ خلف الامام فى فيه جمرة

وأما القياس فقالوا . لو وجبت على المأموم لما سقطت عن المسبوق كسائر الأركان فقاسوا قراءة المؤتم . على قراءة المسبوق فى حكم السقوط فتكون غير مشروعة والاشتغال بغير المشروع مكروه

واستدل الشافعية أولا بقوله تعالى . فاقرءوا ماتيسر منه . وبقوله (ﷺ) لا صلاة إلا بقراءة . وقوله : لاصلاة إلا بفاتحة الكتاب . وغير ذلك من العمومات القاضية بفرضية القراءة على كل مصل مأموما كان أم غيره قالوا . ولا يصح العدول عن مقتضى العام الا لصارف ناهض وليس ثمت مايصلح لذلك فبقيت القراءة فرضا على الكل . واستدلوا ثانيا بحديث أبى هريرة يرفعه . من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج غير تمام قال الراوى : فقلت ياأبا هريرة انى أكون أحيانا وراء الامام ؟ فغمزنى فى ذراعى وقال اقرأ بها فى نفسك يافارسى . رواه مسلم وأبو داود . وبحديث عبادة بن الصامت قال . صلى رسول الله ﷺ الصبح فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال انى أراكم تقرءون وراء إمامكم . قال . قلنا يارسول الله أى والله . قال . لاتفعلوا إلا بأم القرآن فانه لاصلاة لمن لم يقرأ بها . رواه أبو داود والترمذى . فهذه الاحاديث . خاصة بقراءة المأموم وهى صريحة فى فرضيتها

ثم قالوا . ان صحت أحاديث الحنفية فهى بهذه الاحاديث محمولة على غير الفاتحة جمعا بين الأدلة المثبتة للقراءه والنافية لها

واستدلوا ثالثاً . بان القراءة ركن فلا تسقط عن المأموم كسائر الأركان .

واستدل المالكية والحنابلة على عدم وجوب القراءة فى حق المأموم بما استدل به الحنفية . وقالوا إن غاية ماتدل عليه عدم الوجوب لا النهى عنها المقتضي للتحريم . واستدلوا أيضاً بما روى عن أبى الدرداء . قال سئل النبي ﷺ . أفى كل صلاة قراءة ؟ فقال نعم . فقال رجل من الأنصار وجبت هذه . فقال لى رسول الله وكنت أقرب القوم اليه ماأرى الامام اذا أم القوم إلا قد كفاهم . وبما روى عن جابر من صلى صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج الا أن يكون وراء الامام . والحديثان ظاهران أيضاً فى عدم الوجوب . غير أن المالكية خصوا الامر بالاستماع والانصات بالصلاة الجهرية وأيدوه بما روى عن أبى هريرة . أن رسول الله ﷺ انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة . فقال هل قرأ أحد منكم آنفا ؟ . فقال رجل نعم يارسول الله قال . فانى أقول مالى أنازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما يجهر فيه من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ . رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن وهذا الحديث صريح فى كراهة القراءة للمؤتم حالة الجهر واستدلوا على استحباب القراءة فى حالة السر بقول النبي ﷺ . اذا أسررت بقراءتى فاقرءوا . رواه الدارقطنى وانما لم يحملوا الأمر فى هذا الحديث على الوجوب جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بعدم الوجوب وقد تقدمت . أما الحنابلة فقد

تمسكوا بما تمسك به المالكية فى الاستحباب حالة السر وألحقوا بها ما فى معناها من حالات عدم السماع لبعد أو لآفة . أو سكوت الامام : قالوا لأنه فى تلك الأحوال كلها غير سامع للقراءة فلا يحصل له مقصود الاستماع فأشبه السرية

* * *

قيل للحنفية . فى الآية . ليس المقصود من الأمر بالاستماع والانصات النهى عن القراءة الواجبة فى الصلاة . بل المقصود ألا يشتغلوا بما يدل على الأعراض عن القرآن عند قراءته ، يدل عليه ما جاء فى سنن البيهقى عن أبى هريرة ومعاوية انهما قالا : كان الناس يتكلمون فى الصلاة فنزلت هذه الآية. ولا شك ان الأمر باستماع القرآن والانصات له انما يتجه لمن لم يكن مشتغلا بالقرآن قراءة أو استماعا فالآية لا تمنع القراءة لأن القارىء غير معرض حتى يقال له استمع وأنصت . على ان الظاهر من الآية أنها فى الجهرية لأن مقصود الاستماع لا يتحقق الا فيها . وأما قول الحنفية ان المطلوب بها أمران الاستماع وهو خاص بالجهرية والانصات وهو يشمل السرية فهو قول ينبو عنه الذوق العربى فان الانصات ليس هو مجرد السكوت بل السكوت العميق بقصد الاحاطة بكل ما يسمع لتدبره وتفهمه وقيل لهم فى الأحاديث . بعد تسليم صحتها ورفعها انها لا تدل على أكثر من عدم الوجوب وهذا لا يستلزم القول بكراهتها تحريما . على ان ظاهر قوله . ﷺ . ظننت أن بعضكم خالجنيها . انما هو النهى عن الجهر بالقراءة خلف الامام لأن الجهر بها هو الذى يحقق المخالجة . ولا يلزم من انكار الجهر بالقراءة انكارها . وقيل لهم

فى القياس على المسبوق ان سقوط القراءة عن المسبوق لفوات محلها وهو القيام.وهذا غير متحقق فى المأموم فلا يصح القياس . أما الآثار التى رووها فعلى فرض صحتها فهى قول صحابى وهو ليس بحجة . على انه لم يسلم واحد منها عند أهل الترجيح .

* * *

وقيل للشافعية فى العمومات انها مخصوصة بغير المأموم جمعا بين الأدلة لاسيما وقد خصصت من قبل بالمسبوق اتفاقا . على ان صلاة المأموم ليست خالية عن القراءة لأن الشارع أقام قراءة الامام مع استماع المأموم وانصاته مقام قراءة المأموم . وقيل لهم فى حديث أبى هريرة انه محمول على غير المأموم كما جاء مصرحا به فى حديث جابر إلا أن يكون وراء الامام . أما قول أبى هريرة : اقرأ بها فى نفسك . فقول صحابي . أما حديث عبادة . فقد قال ابن قدامة المقدسى فى الشرح الكبير : لم يروه غير ابن أسحق ونافع بن محمود بن الربيع (وابن أسحق مدلس) ونافع أدني حالا منه . وقيل لهم فى القياس ان الاستماع قام بالنص مقام القراءة . فكان القياس في مقابلة النص فلا يسمع .

وقيل للحنابلة . ان الاية على فرض انها فى قراءة الصلاة كما قالوا ظاهرة فى وجوب الاستماع فى الجهرية وهو ينافى القول باستحباب القراءة مطلقاً

وقيل المالكية . ان حديث أبى هريرة . ضعيف لجهالة أحد رواته . ابن أكيمة .

والذى يمكن الركون اليه فى هذا المقام يتبين مما يأتى :

قد وردت فى هذا الباب كما رأيت أحاديث ظاهرها التعارض وقد تناولها

جميعاً التضعيف والتصحيح ومامن حديث يحتج به فريق إلا ويغمزه الفريق الاخر على حين يجتهد كل فى تصحيح ما تمسك به وقد بلغوا فى هذا الباب أن نالوا من ثقة الامام أبى حنيفة . وهو الذى لا ينال في ورعه وتحفظه . وإنا أمام معركة التعديل والتجريح وقد وصلت الى هذا الحد لا نستطيع مجاراة المتحاربين حتى نسلك سبيل الترجيح بل نعمد الى سبيل الجمع والتوفيق وهو خير وأولى .

لاشك ان الأصل فى قراءة الصلاة الفرضية على كل مصل ، وهو ما تقضى به العمومات كتابا وسنة . كما ان آية (وإذا قرىء القرآن) ظاهرة فى وجوب الاستماع على المأموم عند جهر الامام بالقراءة . وقد جاء مؤيداً لهذا الظاهر كثير من الأحاديث وقد مرت بك . وبهذا تخص العمومات الموجبة للقراءة على كل مصل فيخرج منها المأموم فى الصلاة الجهرية وتبقى فى حق المأموم فى السرية على أصلها ، ولاشك ان مقصود الاستماع لا يتأتى مع القراءة فتكون منهياً عنها فى حالة الجهر لاخلالها به وهو محمل الأحاديث التى تنهى عن القراءة وراء الامام . أما الأحاديث التى جاء فيها النهى عن القراءة فى السرية، فالمقصود بالنهى عنه فيها الجهر والتشويش. وسياق الأحاديث يرشد الى ذلك .

ومن هذا يظهر لك رجحان القول بوجوب القراءة على المأموم فى السرية وما الحق بها . وحرمتها فى الجهرية المسموعة وهو مختار الزهرى وابن المبارك وقول لمالك واحمد واسحق كما نقله صاحب المجموع عن ابن المنذر

قال ابن العربى فى تفسيره آية (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له

وأنصتوا) : والذى نرجحه وجوب القراءة فى الأسرار لعموم الاخبار أما الجهر فلا سبيل الى القراءة فيه لثلاثة أوجه . أحدها أنه عمل أهل المدينة الثاني أنه حكم القرآن . قال الله سبحانه واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وانصتوا وقد عضدته السنة بحديثين احدهما حديث عمران بن حصين (قد علمت أن بعضكم خالجنيها . الثاني قوله واذا قرأ فانصتوا . الثالث فى الترجيح . ان القراءة مع جهر الامام لا سبيل اليها فمتى يقرأ؟ فان قيل يقرأ فى سكتة الامام . قلنا السكوت لا يلزم الامام فكيف يركب فرض على ماليس بفرض لاسيما وقد وجدنا وجهاً للقراءة مع الجهر وهى قراءة القلب بالتدبر والتفكر . وهذا نظام القرآن والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة . وعمل بالترجيح والله أعلم.

قصر الصلاة فى السفر

اتفق الأئمة على أن للمسافر ان يقصر الصلاة الرباعية فيصليها ركعتين . واختلفوا فى حكم ذلك القصر فذهب الحنفية الى انه واجب عينا على المسافر فليس فرضه إلا الركعتين . حتى اذا نوى أربعا ولم يجلس على رأس الركعتين الاوليين بطلت صلاته لتركه فرض القعود الأخير . وإذا جلس صح فرضه وكان الركعتان الأخريان له نافلة . وهو مذهب الهادوية . وقال الخطابى فى معالم السنن : «كان مذهب أكثر علماء السلف وفقهاء الأمصار على أن القصر هو الواجب فى السفر . وهو قول على وعمر وابن عمر وابن عباس وروى عن عمر بن عبد العزيز وقتادة والحسن» .

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن القصر ليس بواجب عينا وإنما هو رخصة

فالمكلف مخير فى اسقاط الفرض بين عزيمة الاتمام ورخصة القصر . غير انهم اختلفوا فى حكم هذه الرخصة .

فقال المالكية : انها سنة مؤكدة يوجب تركها عمداً الاعادة في الوقت . وسهواً سجود السهو .

وقال الحنابلة : انها فضيلة ولا تكره العزيمة . وهو المشهور من مذهب الشافعية إذا كان السفر ثلاثة أيام . وان كان دونها فالاتمام أفضل . قالوا «وذلك للخروج من خلاف أبى حنيفة وموافقيه » .

وإذا كانت العلة فى أفضلية الاتمام عند الشافعية فيما إذا كان السفر دون الثلاثة هى الخروج من خلاف العلماء فاصل المذهب أفضلية الرخصة وهو عين مذهب الحنابلة . وسنسير على هذا فى الاستدلال ان شاء الله .

الأدلة

استدل الأئمة الثلاثة على أن القصر ليس واجباً عيناً بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم لذين كفروا) ووجه الاستدلال أن الله نفى الجناح عنهم فى القصر حين السفر ، وهو يدل على مجرد رفع الاثم . قال الشافعى : ولا يستعمل لا جناح إلا فى المباح كقوله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وقوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء) (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) (ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً) ، وأما قوله : تعالى (إن الصفا

والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما) فالغرض منه نفى ما كان عليه القوم من التحرج من السعى لمكان الاصنام ، وليس لبيان حكم السعى الذى استفيد من دليل آخر » اه .

وأما السنة فأولا (ماروى عن يعلى بن أمية قال : قلت لعمر بن الخطاب فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) ، وقد أمن الناس : قال : عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته) رواه الجماعة إلا البخارى . والتعبير عن القصر بأنه صدقة يدل على مكان الرخصة فيه .

(وثانياً) ماجاء فى صحيح مسلم وغيره أن الصحابة كانوا يسافرون مع رسول الله ﷺ فمنهم القاصر ومنهم المتم ومنهم الصائم ومنهم المفطر لا يعيب بعضهم على بعض وهو نص فى المطلوب .

(وثالثاً) ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : خرجت مع النبي ﷺ فى عمرة فى رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتممت فقلت بأبى وأمى أفطرت وصمت وقصرت وأتممت فقال أحسنت ياعائشة) رواه الدارقطنى وقال هذا إسناد حسن

(رابعاً) ماروى عنها أيضاً أن النبي ﷺ (كان يقصر فى السفر ويتم ويفطر ويصوم) رواه الدارقطنى وقال إسناد صحيح

(خامسا) ماروى عن عبد الرحمن بن يزيد قال : صلى بنا عثمان بمنى أربع ركعات فقيل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال : صليت مع

رسول الله ﷺ بمنى ركعتين ثم صليت مع أبى بكر بمنى ركعتين ثم صليت مع عمر بمنى ركعتين فليت حظى من أربع ركعات ركعتان متقبلتان » .
قالو : ولو كان القصر واجبا لما وافقوه على تركه

وأما القياس فمن وجهين . احدهما أن العلماء أجمعوا على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وعلى أن فرضه الاتمام حينئذ . فلو كان القصر فرضاً لما تغير بالاقتداء خلف المقيم ، أصله الصبح لما كان ركعتين فرضا لم يتغير بالاقتداء خلف مصلى الظهر مثلا

ثانيهما : أنه رخصة أبيح للسفر كالمسح والفطر وجميع الرخص وهى مما يجوز تركه باتفاق العلماء فليكن القصر كذلك

أدلة القائلين بوجوب القصر

احتجوا على وجوب القصر بحجج .

الأولى — ملازمته ﷺ القصر فى جميع أسفاره ولم يصح عنه أنه أتم الرباعية فى سفر قط

وقد جاء فى ذلك حديث ابن عمر قال . صحبت النبي ﷺ وكان لا يزيد فى السفر على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك) متفق عليه

الثانية — (ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : فرضت الصلاة ركعتين ثم هاجر ففرضت أربعا وتركت صلاة السفر على الأول) رواه احمد والبخارى وهو متفق على صحته

الثالثة — ماروى عن عمر أنه قال « صلاة السفر ركعتان وصلاة

الأضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام من غير قصر على لسان محمد ﷺ » رواه أحمد والنسائى وابن ماجه

الرابعة — ماروى عن ابن عمر قال : إن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال فعلمنا فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلى ركعتين فى السفر) رواه النسائي

الخامسة — قالوا إن الشفع الثانى لا يقضى ولا يؤثم بتركه باتفاق العلماء وهذا آية النافلة إذ لا يتصور ثبوت الترخص فى الترك المطلق مع قيام الفرضية

* * *

هذه حجج الفريقين في المسألة

ويتجه على الفريق الأول فى الاستدلال بالاية أنها وردت فى قصر الصفة في صلاة الخوف لافي قصر العدد فى السفر وذلك لما علم من سبق مشروعية قصر العدد على نزول الآية ويرشح حمل القصر في الاية على قصر الصفة قوله تعالى بعدها (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة) الخ فانه ظاهر فى بيان كيفية صلاة الخوف خاصة . وقوله تعالى (ان خفتم) يدل على اعتبار الخوف شرطا فى القصر ولا شك أن قصر العدد غير خاص بحالة الخوف اتفاقا . فالغاء الشرط والغاء البيان وحمل الآية على قصر العدد مع التعميم في حالتى الأمن والخوف خروج عن الظاهر لا يصار اليه الا بدليل ، نعم فهم بعض الناس انها في قصر السفر وكان منهم عمر ولكن لما سأل الرسول ﷺ عن القصر في الامن وأجابه بانه صدقة —

علم انه شرع مستقل عن الآية ولذلك قال : صلاة السفر ركعتان الخ .
وقال أمية بن خالد لعبد الله بن عمر : انا نجد صلاة الخوف فى القرآن ولا نجد صلاة السفر فى القرآن ؟ فقال له ابن عمر : يا أخى ان الله بعث محمداً ﷺ ولا نعلم شيئا فانما نفعل كما رأينا محمداً ﷺ يفعل

ويتجه عليهم فى حديث يعلى بن أمية أن التعبير عن القصر بالصدقة لا يدل على أن الاتمام هو العزيمة وأن القصر رخصة يجوز تركها لأن اليسر وعدم الحرج مما روعى فى أصل التشريع . وبهذا الاعتبار يصح التعبير بصدقة عن كثير من المشروعات الأصلية التى لا يجوز تركها

ويتجه عليهم فيما استدلوا به من فعل الصحابة ما قاله الشوكانى فى نيل الأوطار: إنا لم نجد فى صحيح مسلم قوله (فمنهم القاصر ومنهم المتم) وليس فيه الا أحاديث الصوم والافطار . واذا ثبت ذلك فليس فيه أن النبى ﷺ اطلع على ذلك وقررهم عليه . وقد نادت أقواله وأفعاله بخلاف ذلك . وليس ذلك منهم باجماع معتبر فانه قد تقرر أن اجماع الصحابة فى عصره ﷺ ليس بحجة . على أن الخلاف بينهم فى ذلك مشهور بعد موته . وقد أنكر جماعة منهم على عثمان لما أتم بمنى وتأولوا له تأويلات اهـ

ويتجه عليهم فى حديث عائشة الأول ان فى اسناده العلاء بن زهير عن عبد الرحمن بن الأسود . والعلاء بن زهير قال فيه ابن حبان : كان يروى عن الثقات ما لا يشبه حديث الاثبات فبطل الاحتجاج به فيما لا يوافق الاثبات . وعبد الرحمن بن الأسود اختلف فى سماعه منها فقيل دخل عليها وهو مراهق وقال أبو حاتم أدخل عليها وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك

يكون منقطعا . ثم قال صاحب البدر المنير ان فى متن الحديث نكارة وهو كون عائشة خرجت معه فى رمضان والمشهور انه ﷺ لم يعتمر الا أربع عمر ليس منهن شىء فى رمضان . وقال ابن حزم هذا حديث لا خير فيه

ومما يدل على بطلان هذا الحديث أن الزهرى قال لهشام — لما حدثه عن أبيه عن عائشة بحديث (فرضت الصلاة) — فما شأنها كانت تتم الصلاة؟ قال تأولت كما تأول عثمان . فاذا كان النبى حسن فعلها كما جاء فى الحديث وأقرها عليه فلا حاجة بها الى التأويل وليس للتأول حينئذ وجه . ولا يصح أن يضاف اتمامها اليه

لهذا كله حكم ابن تيمية بأن الحديث باطل وقال : ما كانت أم المؤمنين لتخالف رسول الله ﷺ وجميع أصحابه فتصلى خلاف صلاتهم ، كيف وقد صح عنها أن الله فرض الصلاة ركعتين ركعتين ، فلما هاجر رسول الله ﷺ الى المدينة زيد فى صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر ؟ فكيف يظن بها مع ذلك أن تصلى بخلاف صلاة النبى ﷺ والمسلمين معه اه .

وقال الشوكانى ان تلك المطاعن توجب بمجردها سقوط الاستدلال به عند عدم المعارض فكيف وهو معارض بما فى الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة

ويتجه عليهم فى حديثها الثانى أن الرواية المصححة عند الدارقطنى هى رواية التاء فى (تتم) وعلى ذلك تكون هذه الرواية موافقة لحديثها الأول

(أفطرت وصمت) والرد عليهما واحد وهو ما تقدم لابن تيمية ، ومع ذلك فقد استنكرها احمد . وقال ابن حجر : ان صحتها بعيدة فان عائشة ما كانت تتم فى زمن الرسول وانما أتمت بعده . وقد ذكر عروة انها تأولت ما تأول عثمان كما فى الصحيح . فلو كان عندها عن النبى ﷺ رواية لما احتاجت الى التأول ، ثم على فرض صحة اتمامها بعده ﷺ فهو حكاية لفعلها خاصة وفعلها على فرض عدم معارضته لقول النبى ﷺ وفعله لا حجة فيه فكيف اذا عارض الثابت عنه من طريقها وطريق غيرها من الصحابة ؟

ويتجه عليهم فى الاستدلال بالمروى عن عثمان أن التحدث مع ابن مسعود فيما فعله عثمان دليل على انه لم يكن معهوداً عند الأصحاب وقد جاء انكار ابن مسعود بقوله « فليت حظى » الخ مؤيداً لمخالفته المعهود عندهم .

هذا وقد تأول العلماء لعثمان وذكروا لاتمامه تأويلات أحسنها كما قال ابن القيم أنه كان قد تأهل بمنى

وقد روى فى ذلك أحمد : أنه صلى أربع ركعات بمنى فأنكر الناس عليه فقال : يا أيها الناس إنى تأهلت بمكة منذ قدمت : وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : من تأهل فى بلد فليصل صلاة المقيم . وما يقال من الطعن فى هذا الحديث انما يتجه ان صح على تعيين هذا التأويل بخصوصه .

أما مسألة اقتداء المسافر بالمقيم فقد قال صاحب السراج فى مسافر اقتدى بمقيم ولم يجلس الامام المقيم على رأس الركعتين الأوليين وتابعه المأموم المسافر : ان صلاة المسافر باطلة ، ووجهه أنه ترك القعود الذى هو فرض عليه . وهو

يدل على أن الفرض فى حقه ركعتان فقط ويكون فى الأخريين مقتديا فى نفل بمفترض ولا مانع منه . قلنا أن نلتزم هـذا ونمنع اجماع العلماء على ان فرضه فى تلك الحالة أربع ركعات . ويؤيد هذا أن اسحق ابن راهويه أجاز القصر للمسافر المقتدى بالمقيم . فليس ثمة اجماع فلا يصح استدلالهم به . وهذا هو اختيارنا فى المسألة

أما جمهور الحنفية فيقولون ان فرضه تغير الى الاربع عملا بنية المتابعة وما دام فى الوقت فهو فى عرضة التغير بطرونية الاقامة ، فلم يتقرر فرضه ركعتين . فنية المتابعة فى الوقت مع عدم التقرر المذكور أثرت فى الاتمام حتى لو زالت المتابعة بأن أفسد المسافر صلاته خلف المقيم فانه لا يصلى سوي ركعتين ولا أثر لنية المتابعة . وبما قرروه ظهر فرق بين المقيس والمقيس عليه . فان الصبح ليس بعرضية التغير أصلا بخلاف المقيس فانه باتفاق عرضـة للتغير بطرونيه الاقامة كما قلنا ولذا كان لا يصح له الاقتداء بالمقيم بعد خروج الوقت لتقرر الركعتين فقياسهم صلاة المسافر فى الوقت على صلاة الصبح قياس مع الفارق . وواقع ماقررا الحنفية أنه تسليم لحجة الخصم ومحاولة للتخلص منها بما لا يدفعها فان نية الاقامة مما يؤثر في السفر باتفاق العلماء ومعقول ان يتأثر السفر وتتغير أحكامه بنية الاقامة

اما دعوى ان نية المتابعة فى الوقت تنهض سببا للتغير المذكور كنية الاقامة فدعوى تعوزها الحجة والوجه هو ما اخترناه سابقا

ويتجه عليهم فى قياس القصر في السـفر على الفطر فى الصوم أن الحنفية لا يرون القصر رخصة الا مجازا باعتبار الصورة . وحقيقته

أنه عزيمة شرعت أولا وأقرها الشارع. غاية مافى الامر أنه لوحظ فيها ابتداء وبقاء التخفيف على المسافر. ومثل هذا لا تنطبق عليه الرخصة الحقيقية المصطلح عليها عند العلماء. فلا يصح قياسها على ماهو رخصة حقيقية شرعت لعذر تخفيفا لحكم آخر دليله لا يزال معمولا به

هذا ما يتجه على ادلة الأئمة الثلاثة . وقد نوقشت ادلة القائلين بالوجوب من وجوه

(أولا) قيل لهم فى الأولى : أن مجرد المداومة لايدل على الوجوب كما ذهب إلى ذلك جمهور علماء الأصول .

(وثانيا) أن حديث عائشة « فرضت الصلاة » الخ غير مرفوع وبأنها لم تشهد زمن فرض الصلاة .

(وثالثا) فى حديث عمر أن عبدالرحمن بن أبى ليلى لم يسمع منه لأن عبدالرحمن — كما فى تهذيب الرجال — ولد لست بقين من خلافة عمر .

(ورابعا) في الحجة الخامسة أن عدم الاثم بالترك لايدل على عدم الوجوب دليله الزيادة فى الصلاة على قراءة آية أو ثلاث آيات وعلى أصل الركوع أو السجود. وصوم المسافر وحج الفقير . فان ترك واحد منها لايوجب الاثم مع أنها إذا حصلت كانت فرضا . فلا يكون عدم التأثيم فى الترك دليل النافلة .

ويجاب عن المناقشة الأولى بأن مداومة الرسول ﷺ مع عدم وجود دليل يدل على جواز الترك من قول أو اقرار ظاهر فى الوجوب وإلا لترك ولو مرة تشريعا للجواز.

وقد نص الأصوليون على أن الفعل إذا كان بيانا لمجمل كان حكمه حكم

المبين وقد جاء قوله عليه الصلاة والسلام « صلوا كما رأيتمونى أصلى » بيانا لمجمل الصلاة فى جميع جهاتها ومنها صلاة السفر التى هى موضع النزاع

« وعن المناقشة الثانية » بأن عدد الصلاة مما لامجال للرأى فيه فغير المرفوع فيه له حكم الرفع . وعلى تقدير أنها لم تدرك وقت الفرضية فيكون مرسل صحابى وهو حجة .

(وعن الثالثة) سلمنا أن عبدالرحمن لم يسمع من عمر ونقول .الحديث رواه أحمد من طريق عبدالرحمن عن كعب بن عجرة عن عمر فغايته أنه مرسل والمرسل ثقة وقد عضدته الأحاديث الأخرى .

(وعن الرابعة) بأنا لانسلم فرضية الزائد على أصل القراءة والركوع والسجود . وبذلك قال بعض الحنفية وهو المتفق مع إجماعهم أن فى كل من القراءة والركوع والسجود فرضا وسنة . وإذا جارينا الأكثر فى أن كل ما يقع يكون فرضا فذلك — كما قالوا — لأن الأمر بالقراءة والركوع والسجود طلب للمطلق وهو يصدق بكل فرد تحقق فيه طال أم قصر . أما الأمر بالصلاة فهو مقيد بالأربع فى حق المقيم وبالركعتين للمسافر فلا يتناول غير المعين .

وأما الصوم فقد علمت أن دليله لايزال قائما معمولا به . وأما الحج فلم يصر فرضا إلا بعد أن تحقق وجوبه بالاستطاعة البدنية حين دخول مكة

***

بقى أن الأئمة الثلاثة اختلفوا فيما بينهم فذهب المالكية إلى أن القصر سنة مؤكدة . وذهب أحمد والشافعى إلى الاباحه . وقد حكما معنى الرخصة وقاسا القصر على غيره من الرخص ولم تثبت عندهما مواظبة الرسول علي

القصر وتأولا حديث (فرضت الصلاة ركعتين) وقد علمت مافى القياس وعلمت أن حديث عائشة فى اتمام النبى ﷺ لم يصح . ولا وجه لما تأولا به حديث (فرضت الصلاة) من أنه محمول على من يريد الاقتصار عليها . أو ان الفرض فيه بمعنى التقدير

أما المالكية فرأوا أنفسهم أمام المعنى المعقول للرخصة وأنه يدل على الاباحة . وأمام مداومة الرسول على القصر مع حديث (فرضت الصلاة) فقالوا إن العمل بمقتضى الرخصة فقط اهمال لمقتضى المداومة والحديث وفى العكس إهمال لمعنى الرخصة . والجمع فى مثل هذا واجب فلتحمل المواظبة على السنية ويؤول حديث عائشة . ويظهر عمل الرخصة فى نفى الوجوب الصادق بالسنية .

وكأنهم رأوه طريقا وسطا بين القول بالوجوب والقول بالاباحة فسلكوه

وقد علمت أن الرخصة هنا ليست هى الرخصة الحقيقية التى يكون أثرها الاباحة مع جواز الاتيان بالعزيمة فلا ينهض معناها على معارضة المواظبة وحديث الفرضية الذى لايقبل التأويل

ولعلك تدرك مما سبق المذهب الراجح فى هذه المسألة والله يوفقك

الجمع بين الصلاتين

لاخلاف بين الأئمة فى أن الجمع بين الظهر والعصر جمع تقديم فى وقت الظهر بعرفة وبين المغرب والعشاء جمع تأخير فى وقت العشاء بمزدلفة سنة للحاج . وعلى ذلك اقتصر الحنفية ومنعوا الجمع فى الوقت بين صلاتين فى غير هذين المكانين . وهو قول الحسن والنخعى وغيرهما

أما سائر الأئمة فقد أجازوه فى غير المكانين المذكورين على الوجه الآتى :

فالشافعية يجيزون الجمع بين الظهرين والعشاءين جمع تقديم وتأخير لمسافر له رخصة القصر . ويجيزون فيهما لمقيم جمع التقديم فقط بسبب المطر الذى يبل الثياب .

والمالكية يجيزونهما بسبب السفر ولو قصيرا بعد أن يكون مباحا. ويجيزون للمقيم أن يجمع جمع تقديم بين الظهرين والعشاءين إذا خاف حصول دوخة تمنع من أداء الصلاة على وجهها أو إغماء يمنعه من الصلاة عند دخول وقت الثانية ويجيزون للمقيم أيضاً جمع التقديم فى المسجد بين العشاءين فقط بسبب المطر الغزير والوحل الكثير مع الظلمة .

والحنابلة يجيزون جمعى التقديم والتأخير فى الظهرين والعشاءين للمسافر سفر قصر وللمريض الذي تلحقه المشقة بترك الجمع وللمرضع والمستحاضة والمعذور والعاجز عن الطهارة لكل صلاة وعن معرفة الوقت ولمن خاف على نفسه أو ماله أو عرضه . وان خاف ضررا يلحقه في معيشته بترك الجمع . ويجيزونهما بين العشاءين خاصة بسبب الثلج والجليد والوحل والبرد الشديد والمطر الذى يبل الثياب .

ولكل مذهب من هذه المذاهب شروط خاصة فيما أجازه من الجمع تعرف بمراجعة كتبه .

وحكى الشوكانى أن جماعة من العلماء ذهبوا إلى جواز الجمع مطلقا بشرط ألا يتخذ ذلك خلقا وعادة . قال فى فتح البارى وممن قال به ابن سيرين وربيعة . وأشهب وابن المنذر والقفال الكبير وحكاه الخطابى عن جماعة من

أصحاب الحديث . وحكاه غيره عن غيرهم . ونسبه فى المغنى إلى ابن شبرمة أيضاً .

مما تقدم يتبين :

أولا - ان الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع لغير الحاج بعرفة ومزدلفة. ويخالفهم فى ذلك الحنفيه .

ثانياً - ان الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالسفر غير أن الشافعية والحنابلة يشترطون أن يكون سفر قصر . ولا يشترطه الامام مالك.

ثالثاً - أن الأئمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالمطر . غير أن الشافعية والمالكية يخصونه بالتقديم ، ويجيزه الشافعية فى الظهرين والعشاءين. والمالكية فى العشاءين فقط ، أما الحنابلة فيجيزونه فى العشاءين فقط تقديما وتأخيرا .

رابعاً - أن المالكية والحنابلة يجيزون الجمع مطلقا بالمرض . لكن المالكية خصوه بالاغماء وما فى معناه . وأطلقه الحنابلة . وخالفهما الشافعى فلم يجزه بالمرض مطلقا .

خامساً - أن الحنابلة انفردوا بجوازه لأصحاب الأعذار وللخائف ومن اليها . وبذلك كان مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الأربعة فى مسألة الجمع . وكان مذهب الحنفية أضيقها وبينهما الشافعية والمالكية . والمالكية أقرب الى الحنابلة . والشافعية أقرب الى الحنفية .

الأدلة

استدل الحنفية . أولا - بأن الأحاديث الواردة بتعيين الأوقات ثبتت

بالتواتر أو الشهرة فلا يجوز تركها بغير دليل يساويها .

ثانياً – بما روى أبو داود عن ابن عمر أنه قال . ماجمع رسول الله ﷺ بين المغرب والعشاء قط فى السفر إلا مرة واحدة . وبما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : والذى لا إله غيره ما صلى رسول الله ﷺ صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة . وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخارى ومسلم.

ثالثاً – بأن تقديم الصلاة عن وقتها . فعل لها قبل تحقق شرط الانعقاد وسبب الوجوب وهو الوقت فلا تنعقد وتكون باطلة وتأخيرها حتى يخرج وقتها ويدخل وقت الثانية تفريط – وقد قال عليه الصلاة والسلام ليس فى النوم تفريط انما التفريط فى اليقظة رواه مسلم . وقال أبو جعفر الطحاوى قال ذلك وهو مسافر فدل على أن مناط التفريط وعدمه اليقظة والنوم ولا دخل فيهما للاقامة والسفر . فاستوى المسافر والمقيم . وبذلك علم أن تأخير الصلاة عن وقتها تفريط مالم يكن عن نوم لا غير وهذا كالقاعدة العامة تشمل غير الصبح كما تشمل الصبح الذى وردت فيه . والذى لا يجمع مع غيره

الجمع بالسفر عند الثلاثة

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالسفر أولا بما روى عن أنس قال كان رسول الله ﷺ اذا رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فان زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب . متفق عليه وفى رواية لمسلم كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين فى السفر يؤخر

الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينهما

وثانيا ـ بما روى عن معاذ أن النبي ﷺ كان فى غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس صلى الظهر والعصر جماعة ثم سار . وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء . وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه احمد وأبو داود والترمذى

وثالثا ـ ماروى عن ابن عمر أنه استغيث على بعض أهله فجد به السير فأخر المغرب حتى غاب الشفق ثم نزل فجمع بينهما . ثم أخبرهم أن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك اذا جد به السير رواه الترمذى بهذا اللفظ وصححه ومعناه لسائر الجماعة إلا ابن ماجه

رابعا ـ ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى السفر إذا زاغت الشمس فى منزله جمع بين الظهر والعصر قبل ان يركب فاذا لم تزغ له فى منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل فجمع بين الظهر والعصر وإذا حانت له المغرب فى منزله جمع بينها وبين العشاء . وإذا لم تحن فى منزله ركب حتى إذا كانت العشاء نزل فجمع بينهما رواه أحمد والشافعى فى مسنده بنحوه وقال . فيه : وإذا سارت قبل أن تزول الشمس أخر الظهر حتى يجمع بينها وبين العصر فى وقت العصر

قالوا : هذه أخبار صحيحة وردت بجمعه ﷺ فى السفر . وهى نصوص لايتطرق إليها تأويل فوجب الاخذ بها وكلها صريحة ومتفقة على ثبوت جمع التأخير (أى فعل الاولى فى وقت الثانية). وحديثا معاذ وابن عباس صريحان فى ثبوت جمع التقديم (أى فعل الثانية في وقت الاولى) وكما استدل الائمة بالاحاديث المتقدمة . استدلوا أيضا بالاستنباط من صورة الجمع المتفق

عليه . فقالوا من الواضح أن الجمع بعرفة والمزدلفة سببه احتياج الحجاج اليه لاشتغالهم بالمناسك وهـذا المعنى موجود فى كل الاسفار لتحقق الاشتغال فيها . ولم نعهد فى الشرع أن لخصوص النسك دخلا فى ثبوت الترخص . وانما الذى عهدناه ثبوت الترخص فى الاسفار المباحة كالقصر والفطر لمكان المشقة . فليثبت الجمع فى صورة النزاع لتحقق علته .

الجمع بالمطر

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالمطر . أولا . بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء جميعا من غير خوف ولا سفر . ثانيا بما روى يحي بن واضح عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر . أن النبي ﷺ جمع فى المدينة بين الظهر والعصر فى المطر ثالثا ـ بما رواه الاثرم فى سننه عن أبى سلمة بن عبد الرحمن . أنه قال من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء) وفى البخارى باسناده ان النبى ﷺ جمع بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة وبهذه الاحاديث تبين أن الجمع الوارد فى حديث ابن عباس كان لسبب المطر . ولذلك قال مالك بعد روايته . أرى ذلك فى المطر

الجمع بالمرض

استدل الحنابلة على جواز الجمع بالمرض بما روى ابن عباس . قال جمع رسول الله ﷺ من غير خوف ولا مطر . وفى رواية من غير خوف ولا سفر وبمجموع الروايتين يتبين أنه جمع لغير واحد من ثلاثة ـ الخوف والمطر والسفر ـ قالوا واجمع العلماء على انه لا يجوز الجمع لغير عذر فوجب أن يكون

الجمع هنا المرض إذ لا عذر غيره وراء الثلاثة .

أما المالكية فقد جعلوا المريض قسمين قسم لا يجوز له الجمع . وهو الذى يثبت له الترخص فى الكيفية . وقسم أباحوا له الجمع وهو الذى يعتاد نوبة اغماء أو دوخة فى وقت تمنعه من إداء الصلاة على وجهها فأباحوا له جمع التقديم صونا للصلاة .

وبهذا يتبين انهم حكموا فى إباحة الجمع بالمرض مجرد المعنى المعقول ولم يعتمدوا على حديث ابن عباس .

الجمع بغير الثلاثة

قد علمت أن الحنابلة قد توسعوا فى إباحة الجمع فأجازوه بأسباب غير السفر والمطر والمرض كالاستحاضة وغيرها من الاعذار . وقد استندوا فى الاستحاضة الى قول النبى ﷺ لحمنة بنت جحش حين استفتته فى الاستحاضة (وان قويت على ان تؤخرى الظهر وتعجلى العصر فتغتسلين ثم تصلين الظهر والعصر جميعاً ثم تؤخرى المغرب وتعجلى العشاء . ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعلى رواه احمد وأبو داود والترمذى وصححه .

قالوا : ويقاس عليها صاحب السلس ، ثم حكموا فى الباقى بسبب الرخصة وهو الحرج والمشقة فى النفس أو فى المال

الجمع للحاجة

استدل القائلون بجواز الجمع للحاجة ولغير الاسباب المتقدمة بحديث ابن عباس أن النبى ﷺ صلى بالمدينة سبعا وثمانيا . الظهر والعصر والمغرب

والعشاء . متفق عليه وفى لفظ للجماعة إلا البخارى وابن ماجه جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس ماأراد بذلك قال : أراد ألا يحرج أمته

قال فى فتح البارى . واستدل لهم بما وقع للنسائى من طريق عمرو بن هرم عن أبى الشعثاء أن ابن عباس صلى بالبصرة الأولى والعصر ليس بينهما شىء فعل ذلك من شغل وفيه رفعه الى النبى ﷺ وقد كان شغل ابن عباس بالخطبة على مافى رواية مسلم من طريق عبدالله بن شقيق واخرج الطبرانى مثله عن ابن عباس مرفوعا وفيه صنعت هذا لئلا تحرج أمتى قالوا : وارادة دفع الحرج تقدح فى حمل الجمع على الصورى لأن القصد اليه لايخلو عن حرج . وقالوا أيضا إذا كان المعنى فى الجمع بعرفة هو التفرغ للدعاء وسماع الخطبة فلا يبعد أن يعتبر هذا سببا لمشروعية الجمع عند كل حاجة الا ان يصير ذلك خلقا وعادة .

هذه أدلة المذاهب فى مسألة الجمع وللناظر فى أدلة المجيزين مسلكان أحدهما من جهة الرواية والآخر من جهة الدلالة . أما الاول فيتجه على الاستدلال بحديث معاذ انه من رواية قتيبة تفرد به وقال ابو سعيد بن يونس لم يحدث بهذا الحديث الا قتيبة ويقال انه غلط فيه وقال ابو داود انه حديث منكر وليس فى جمع التقديم حديث قائم . وقال صاحب البدر المنير ان الحفاظ فى هذا الحديث خمسة أقوال أحدها انه حسن غريب . قاله الترمذى . ثانيها انه محفوظ صحيح قاله ابن حبان . ثالثها انه منكر قاله ابو داود . رابعها انه منقطع قاله ابن حزم خامسها . انه موضوع قاله الحاكم والمعروف عند أهل العلم فى حديث معاذ انه عن طريق أبى الزبير عن أبى الطفيل عن معاذ وليس فيه جمع التقديم . وأمام هذا الاختلاف لا ينهض الحديث حجة فى جواز جمع

التقديم ولا فى معارضة أحاديث المانعين التى لا خلاف لأحد في صحتها بل التى قد بلغت حد الشهرة وتلقتها الأمة بالقبول والروايات الأخرى التى رواها ابن القيم تعضيدا لهذا الحديث لاتخلو من ضعف عند أهل العلم . فان من رواة بعضها . حسين بن عبدالله بن عبيد الله وقد قال فيه أبو حاتم . أنه ضعيف لا يحتج بأحاديثه . وضعفه أيضا ابن معين . وقال أحمد أن له أشياء منكرة وقال النسائى إنه متروك الحديث . وقال فيه ابن حبان : كان يقلب الأحاديث ويرفع المراسيل . وكفى هذا علة

ومتى كانت الروايات المذكورة بهذه المثابة . فلا تنهض على تقوية هذا الحديث حتى يعارض المشهور

ويتجه على الاستدلال بحديث ابن عباس الوارد في الجمع بالسفر أنه من رواية حسين المتقدم . وقد علمت ماقيل فيه وبهذه النظرة يتبين عدم صحة الاحتجاج بحديثى معاذ وابن عباس على جواز جمع التقديم فى السفر

أما المسلك الثانى فهو فى الاحاديث التى زعموا أنها تدل على جواز جمع التأخير وحاصله أن معظم هذه الاحاديث يحتمل احتمالا قويا الجمع الصورى وهو تأخير الاولى إلى آخر وقتها وتقديم الثانية لأول وقتها فتودى الصلاتان وليس بينهما شيء . وقد حمل عليه الأئمة أنفسهم حديث ابن عباس الذى استند اليه القائلون بجواز الجمع للحاجة . ولا سبيل لتخلصهم منه إلا بالحمل على ذلك فليكن هذا هو السبيل فى كل ماصح عن ابن عباس فى رواية الجمع ومما جاء صريحا في ذلك عن ابن عباس ماأخرجه النسائى بلفظ صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا . والمغرب والعشاء جميعا . أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . وماأخرجه ابن جرير عن ابن

عمر قال : خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يؤخر الظهر ويعجل العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويعجل العشاء فيجمع بينهما . وما رواه الشيخان عن عمرو بن دينار فى جمع ابن عباس لشغله بالخطبة فى البصرة . أنه قال يا أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . قال وأنا أظنه .

هذا هو السبيل فى كل الأحاديث الدالة على مطلق الجمع ويعين هذا الحمل قسم ابن مسعود الذى يستل كل شبهة فى الموضوع

ولا يمنع من حمل الأحاديث على الجمع الصورى ما جاء فى بعضها من التصريح بخروج الوقت الاول أو بدخول الثانى كما فى حديث أنس برواية مسلم (حتى يدخل أول وقت العصر) وكما فى حديث ابن عمر (حتى غاب الشفق) وذلك لامكان الحمل على معنى المقاربة نظير قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن » وقوله تعالي « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » فان المعنى فيهما على المقاربة باتفاق .

هذا ـ وقد طعن الخطابى فى حمل الأحاديث على الجمع الصورى وقال : لأنه يكون أعظم حرجا من الاتيان بكل صلاة فى وقتها لأن أوائل الأوقات واواخرها مما لا يدركه الخاصة فضلا عن العامة اهـ

وأجاب عنه الشوكانى بما حاصله : إن الشارع وضع للاوقات علامات ظاهرة تدرك بالحس لاتلتبس علي أحد ولاشك أن الجمع الصورى بين الصلاتين أخف من فعلهما على غير هذا الوجه . وأجاب عنه الزيلعى بأن الحرج لا يكون إلا إذا وجب التأخير إلى آخر الوقت ولم يقل بذلك أحد وانما خير المكلف بين أن يفعل كل صلاة فى أول وقتها وبين أن يؤخر الأولى

ويقدم الثانية . ولاشك أن هذا التخيير تسهيل وتخفيف بالنسبة لما عرف عن النبي ﷺ من الاداء فى أول الوقت .

وبالحمل على الجمع الصورى يمكن التخلص من أدله الجمع بغير السفر من سائر الأعذار التى تقدمت .

هذا ـ وقد حاول بعض الفقهاء أن يضعف من شأن أدلة الحنفيـة على منع الجمع فقال :

أولا ـ إن أحاديث المواقيت وحديث التفريط عامة فى السفر والحضر وأحاديث الجمع خاصة بالسفر . والشأن في هذا أن يحمل العام على الخاص.

وثانيا ـ فى حديث أبى داود عن عمر أن أبا داود قال : روى موقوفا على ابن عمر من فعله .

وبذلك يكون مرفوعا فى رواية وموقوفا فى أخرى . وقد قالوا : إن الحديث إذا روى مرفوعا وموقوفا ففى الاحتجاج به خلاف فلا ينهض حجة وعلى فرض صحة الاحتجاج به فقد روى عن ابن عمر نفسه أخبار صريحة وصحيحة فى جمعه ﷺ وبذلك وجب إما رد هذه الرواية أو تأويلها بما يتفق مع رواياته الاخرى .

وثالثا ـ قالوا فى حديث ابن مسعود : انه نفى فيقدم عليه الاثبات .

وللحنفية أن يقولوا فى المناقشة الأولى : إن الخاص والعام يتعارضـان والحكم للترجيح وهو هنا بتقديم الحاظر (أحاديث المواقيت وماليها) على المبيح (احاديث الجمع) لاسيما أن هذه لم تبلغ درجة تلك كما تقدم

«وفي الثانية» ان المختار صحة الاحتجاج بما روى مرفوعا وموقوفا واما الروايات التى رويت عن ابن عمر في الجمع فسبيلها الحمل على الجمـع الصورى

كما تقدم وحملها على الجمع الصورى أقرب من تأويل رواية عدم الجمع بحملها على أن ابن عمر لم ير النبي ﷺ يجمع فى حال السير .

وفى الثالثة أن القول بتقديم النفى على الاثبات محله إذا كان بينهما تعارض ولا تعارض هنا بين أدلة النفى وادله الاثبات كما علمت

هذا ـ وان الحكمة السامية فى تفريق الصلوات الخمس على أوقاتها المحددة المعلومة توجب دائما مراعاة أداء الصلاة فيما حدد لها من وقت حتى لا تضيع تلك الحكمة وهى مقصودة للشارع الحكيم فيقتصر فى الجمع المخالف لذلك التحديد على ما صح دليله وثبت بما لا شبهة فيه عن النبي ﷺ .

الزكاة فى مال الصبي

اتفق العلماء على أن الزكاة بشروطها المعروفة ـ فرض على المسلم الحر البالغ العاقل ـ واختلفوا فى وجوبها فى مال الصبى والمجنون

فذهب مالك والشافعى واحمد وجمهور العلماء إلى وجوبها فى مالهما لا فرق فى ذلك بين النقدين وغيرهما مما تجب فيه الزكاة .

ويحكى عن ابن مسعود والثورى والاوزاعى أنهم قالوا : تجب الزكاة ولا تخرج حتى يبلغ الصبى ويفيق المعتوه . قال ابن مسعود : أحصى ما يجب فى مال اليتيم من الزكاة فاذا بلغ أعلمه فان شاء زكى وان شاء لم يزك

وقال أبو حنيفة : لا تجب الزكاة فى أموالهما نقدا وماشية . وتجب فى الزرع والثمار كما تجب صدقة الفطر عليهما

وقال ابن شبرمة : إنها تجب فى الأموال الظاهرة ولا تجب فى النقدين

وقال الحسن وسعيد بن المسيب وابن جبير والنخعي وآخرون : لا تجب الزكاة فى مالها عامة .

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها والتطهير لا يكون إلا عن الذنوب ولا ذنب من الصبى والمجنون

وأما السنة فأولا: قوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل رواه أبو داود والنسائى والحاكم وصححه وثانيا ـ ماقاله محمد بن الحسن في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة حدثنا ليث بن أبى سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال « ليس فى مال اليتيم زكاة » وروى مثله عن ابن عباس

وأما المعقول فمن وجوه : الأول أنها عبادة فلا تجب على الصبي كالصلاة والصوم وتحقيقه أن العبادة إنما تجب ابتلاء واختبارا ولا معنى للابتلاء فى الصبى فلا تجب عليه

الثانى ـ أجمع العلماء على أن الزكاة تحتاج إلي النية فى أدائها والنية من شروطها البلوغ فلا نية للصبي فلا تجب عليه العبادة

الثالث — اتفق العلماء على اشتراط تمام الملك في وجوب الزكاة . وملك الصبي ليس تاما بدليل انه لا يصح التبرع منه وهو فى ذلك كالمكاتب

أما الجمهور فقد استدلوا على أن الزكاة واجبة في مال الصبي بالسنة والقياس .

اما السنة فما رواه الترمذى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال « ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من ولى اليتيم أن يتجر بماله تحصيلا للربح وحذره من تركه بغير تجارة ولا ربح فتأكله الصدقات . ولا ريب أن الصدقات انما تأكله — كما روي موقوفا على عمر — باخراجها . واخراجها لا يكون جائزا إلا اذا كانت واجبة لأنه لا يجوز للولى أن يتبرع بمال الصغير . أما القياس فقالوا : وجب العشر فى زرع الصبى فليجب ربع العشر فى ورقه بجامع أن كلا منهما حق يتعلق بالمال فيجب اخراجه متى تحقق ولا يتوقف ذلك على البلوغ والزكاة مع ذلك شبيهة بالمهور والنفقات وقيم المتلفات وسائر الحقوق المالية ولم يقل أحد بأن هذه الحقوق يتوقف ثبوتها في المال على بلوغ صاحبها فلتكن الزكاة كذلك. كيف وقد أوجب الحنفية فى مال الصغير العشر وزكاة الفطر ؟

وقالوا أيضا : ان الزكاة حق للعبد بالنص ودلالة الاجماع أما الاول فقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء » وقوله تعالى « وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » فان لام الاختصاص تفيد الملكية إذا كان مدخولها أهلا لها

واما الثانى فلأن من عليه الزكاة إذا تبرع بجميع ماله للفقراء ولم تحضره نية الزكاة فان ذلك يكفى ويسقط عنه عهدة الواجب اجماعا فلو كانت الزكاة عبادة لما صحة بدون نية

***

يتجه على الحنفية فى الدليل الاول أن التطهير ليس خاصا بازالة الذنوب بل يشمل تربية الخلق وتنمية النفس على الفضائل ولو سلم أنه خاص بازالة الذنوب فالنص عليه نظرا لأنه الشأن في الزكاة وهذا لايستلزم أن الزكاة لاتجب الا حيث تكون الذنوب وغاية الامر أن يقال ان من حكمة مشروعيتها ازالة الذنوب وهل اذا عدمت الذنوب ينتفى وجوبها ؟ لم يقل أحد أن انتفاء السبب المعين يوجب انتفاء الحكم لجواز أن يكون لسبب آخر وقد اجمع العلماء على أن للزكاة سببا آخر غير التطهير وهو سد خلة المحتاج كما دلت عليه آية (وفى أموالهم) وآية (وانما الصدقات) فلم يكن السبب هو التطهير خاصة

ويتجه عليهم فى الحديث الاول أن المراد رفع الاثم والمؤاخذة الاخروية بدليل الاجماع على وجوب الحقوق المالية الاخرى فى ماله فان قالوا : ان رفع الاثم يقتضى رفع الوجوب . قلنا نعم يقتضى رفع الوجوب على الصبى ونحن نقول بالوجوب فى ماله والمولى هو المطالب بالاداء على قياس العشر والفطرة وقيم المتلفات

ويتجه عليهم فيما رووا عن ابن مسعود أن ليثا ضعيف عند أهل الحديث قال البيهقى ضعف اهل العلم ليثا

اما رواية ابن عباس فقد قال الكمال فيها (تفرد بها بن لهيعة وفى ابن لهيعة ماقدمناغير مرة وهو انه ضعيف لايحتج به

ويتجه عليهم فى الأول من المعقول ان العبادة تكون ابتلاء محضا اذا كانت بدنية يؤديها الشخص بنفسه

وتكون مواساة ودفعا لحاجة الفقير اذا كانت مالية تؤدى من المال الذى وجبت فيه ولو بطريق النيابة

ويتجه عليهم فى الثانى من المعقول أن النية لا نوجبها على الصبى وانما تجب عند الاداء على الولى الذى يقوم باخراجها

ويتجه عليهم فى الثالث أن الملك التام ثابت للصغير فى ماله . وعدم صحة التبرع منه ليس لنقصان فى الملك وانما هو لأن الشأن فى الصغير عدم الاهتداء الى الوجوه النافعة . والقياس على المكاتب فاسد لأن المنع فى المكاتب ليس لعدم جواز التبرع بل لكونه مدينا بأقساط بدل الكتابة . ولان ملكه باعتبار اليد فقط للتردد بين قرار الملك له وعدمه .

هذا وقد قيل للجمهور فى الحديث الذى استدلوا به : إنه من رواية المثنى بن الصباح وهو ضعيف . لكن قال النووى إن الشافعى والبيهقى روياه باسناد صحيح عن يوسف بن ماهك التابعي عن النبي ﷺ مرسلا وقد أكد الشافعى هذا المرسل بعموم الحديث الصحيح الوارد بايجاب الزكاة فى أموال المسلمين عامة . وبما رواه عن الصحابة فى ذلك

وقيل فى القياس على العشر وزكاة الفطر والنفقة وما اليها : ان بعضها يغلب فيه معنى المؤونة والبعض الآخر ليس فيه معني العبادة أصلا أما الزكاة فعبادة محضة أو يغلب فيها معنى العبادة لأن المقصود منها شكر الله على نعمته وابتلاء العبد بالتكليف فلا يصح الحاقها بتلك الحقوق المالية

ولعلك بموازنة أدلة الفريقين وبالرجوع الى الغرض المقصود من شرعية الزكاة من سد حاجة الفقير وتحصين المال من تطلع الفقراء اليه وتزكية النفس وتدريبها على خلق المعونة والكرم — تدرك رجحان القول بوجوب الزكاة

فى مال الصبي وليست حكمة الزكاة محصورة فى معنى الابتلاء حتى نجعله أساسا نتحاكم اليه فى وجوب الزكاة وعدمها

وبعد فلا نكاد ندرك فرقا بين ما يدل عليه ظاهر قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وقوله تعالى (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) فالتفرقة بين الزروع والأموال لمجرد قولهم: ان الغالب فى الأولى معنى المؤونة دون الثانية لا يوجد ما يبررها ولذلك قال ابن حزم فى المحلى ليت شعرى ما الفرق بين زكاة الزروع والثمار وبين زكاة الماشية والذهب والفضة فلو ان عاكسا عكس قولهم فأوجب الزكاة في ذهبهما وفضتهما وماشيتهما وأسقطها عن زرعهما وثمارهما أكان يكون بين التحكمين فرق فى الفساد . اه

زكاة ما يخرج من الارض الخراجية

اتفق العلماء على أن الارض التى تقع فى حوزة المسلمين منها عشرية كالتى أسلم أهلها عليها طوعا أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين المسلمين ومنها خراجية كالتى فتحت عنوة وتركها المسلمون فى أيدى ملاكها . واتفقوا على أن الخراجية إذا كانت ملكا لغير مسلم وجب فيها الخراج ولا عشر فيها وعلى أن العشرية إذا كانت ملكا لمسلم وجب فيها العشر .

واختلفوا بعد ذلك فى العشرية تصير ملكا لغير مسلم : هل يبقى العشر أو يضاعف أو يبدل بالخراج . واختلفوا أيضا فى الخراجية تصير ملكا لمسلم : هل تبقى وظيفتها الخراج فقط كما كانت أو يجتمع فيها العشر والخراج أو يبدل خراجها بعشر . وموضوع البحث هو المسألة الثانية وان شئت أن تعرف آراء الفقهاء فى الاولى فارجع اليها فى كتب المذاهب . أما آراؤهم فى

موضوع البحث فالحنفية يرون أن وظيفة تلك الارض هى الخراج فقط كما كانت وأن من شروط وجوب العشر ألا تكون الارض خراجية. ويرى الأئمة الثلاثة أن الخراج لايمنع وجوب العشر فيكون الواجب فى تلك الارض الخراج والعشر معا. أما الاحتمال الثالث وهو تغير وظيفتها من خراج إلى عشر فلا نعلم أن أحدا من الفقهاء ذهب اليه . ولعل ذلك يرجع إلى أن وصف الخراجية قد تقرر لها ابتداء ولامانع من وجوب الخراج على المسلم بقاء نظرا لما فيه من معنى المئونة التى لاتنافى الاسلام . وهذا بخلاف ماإذا صارت العشرية لغير مسلم . فان غير المسلم لما لم يكن أهلا للعشر إبتداء ولا بقاء . قال أبو حنيفة فيها بتغير الواجب من عشر إلى خراج

الأدلة

استدل الحنفية أولا . بما روى عن ابن مسعود يرفعه إلى النبي ﷺ قال : لايجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم . وبما روى أبو هريرة . قال . قال رسول الله ﷺ منعت العراق درهمها وقفيزها . ومنعت الشام مديها ودينارها . ومنعت مصر أردبها ودينارها وعدتم من حيث بدأتم . قالها ثلاثا ـ شهد على ذلك لحم أبى هريرة ودمه رواه أحمد ومسلم وأبو داود. وبما روى أن دهقان نهر الملك لما أسلم . قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه . سلموا إليه الأرض وخذوا منه الخراج . والحديث الاول نص فى المطلوب . أما الثانى فوجه الدلاله فيه أنه أخبر عما يكون فى آخر الزمان من منع الحقوق الواجبة . وبين تلك الحقوق بما ذكر فى الحديث . وهو عبارة عن الخراج لا العشر . فلو كان العشر واجبا معه لاقترن به فى الاخبار . وأما الثالث فوجه

دلالته أن عمر رضى الله عنه أمر بأخذ الخراج من الدهقان ولم يأمر بأخذ العشر ولو كان واجبا لأمر به

واستدلوا ثانيا . بأن عمل الولاة والأئمة استمر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا على عدم الجمع بين العشر والخراج . ولم ينقل أن أحدا منهم جمع بينهما مع كثرة امتلاك المسلمين للاراضى الخراجية وتوفر الدواعى على النقل فكان ذلك منهم إجماعا عمليا لا تصح مخالفته . واستدلوا ثالثا بان الخراج انما يجب عقوبة فى أرض فتحت قهرا وأقر أهلها عليها : والعشر يجب عبادة فى أرض أسلم أهلها عليها أو قسمت بين الغانمين المسلمين . وهذه أوصاف متباينة لا يمكن اجتماعها فى شخص واحد حتى يجب عليه خراج وعشر

واستدلوا رابعا بأن سبب كل من الخراج والعشر واحد وهو الأرض النامية حقيقة أو تقديرا بدليل صحة اضافة كل منهما إليها والاضافه دليل السببية وبدليل أن الأرض لو كانت سبخة لا تصلح للزراعة لا يجب فيها واحد منهما وإذا كان سببهما واحدا فلا يجتمعان فى أرض واحدة لأن السبب الواحد لا يتعلق به حقان من نوع واحد ألا ترى انه لو ملك مسلم نصابا من السائمة للتجارة سنة لا يلزمه زكاتان اتفاقا ؟

واستدل الجمهور . أولا بقوله تعالى . يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض . وبقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده . أوجب الله الانفاق مما أخرجت الأرض وإيتاء حقه يوم حصاده مطلقا خراجيه كانت الارض أم عشرية

واستدلوا ثانيا بما صح عند الجميع . من قوله ﷺ فيما سقت السماء العشر . وهو كما ترى عام يشمل العشرية والخراجية

واستدلوا ثالثا . بأن الخراج والعشر حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا ودليلا . أما اختلافهما ذاتا فلان العشر فيه معنى العبادة والخراج فيه معنى العقوبة وأما اختلافهما محلا فلان العشر يتعلق بنفس الخارج . والخراج يتعلق بالذمة . وأما اختلافهما سببا فلان سبب العشر الخارج وسبب الخراج الأرض الصالحة للزراعة بدليل وجوبه وان لم تزرع الارض . أما اختلافهما مصرفا . فلان مصرف العشر الفقراء . ومصرف الخراج المقاتلة أما اختلافهما دليلا . فلان دليل العشر النص والخراج انما وجب بالاجتهاد المبنى على تقدير المصالح . وإذا ثبت انهما حقان مختلفان من كل تلك الجهات ولا منافاة بينهما فلا مانع من اجتماعها وصارا كالدين مع أحدهما وكالكفارة والقيمة فى الصيد الحرمى المملوك وكالخمس وربع العشر فى زكاة المعادن .

(*)

ويتجه على الحنفية فى الحديث الأول . ماقال الكمال : حديث ضعيف ذكره ابن عدى فى الكامل عن يحيي بن عنبسة . ويحيي بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب الى الوضع وإلى الكذب على أبى حنيفة . نعم روى هذا الحديث عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه حتى يكون حديثا مرسلا ويغنيك تضعيف الكمال لهذا الحديث عن سماع ماقيل فيه من الجمهور . وإذا كان الحديث بهذه المثابة فلا يقوى على معارضه العمومات التى احتج بها الجمهور

أما حديث أبى هريرة . فظاهر أنه إخبار عما يكون في آخر الزمان

من سوء حالة المسلمين وضعفهم وتغلب غيرهم عليهم حتى يمنعوهم ماوجب عليهم من حقوق أنظر الى التعبير بالمنع ولتوجيه الخطاب للمسلمين بقوله . وعدتم من حيث بدأتم . وبهذا يكون الحديث بمعزل عن موضع الخلاف ولو سلم أنه اخبار عما يكون من المسلمين من منع الحقوق الواجبة عليهم فهو لا يدل على عدم وجوب العشر . لأن العشر موكول اخراجه وتوزيعه الى رب المال أما الخراج فالذى يتولى جمعه وصرفه هو الامام وهو أهم موارد بيت المال . وفيه يظهر المنع فلذا خص بالذكر . ولم يذكر العشر كما لم تذكر زكاة النقدين والتجارة مع أنه لم يقل أحد بعدم وجوبهما أخذا من عدم ذكرهما فى الحديث. وأما قصة الدهقان فالمقصود من كلام عمر رضى الله عنه أن الخراج لا يسقط بالاسلام كما تسقط الجزية به وإنما لم يتعرض للعشر لأن وجوبه معلوم على كل حر مسلم مالك. ألا ترى أنه لم يذكر زكاة الماشية والنقدين وغيرهما . أو لأنه لم يحن وقت الحصاد . أو لأن الدهقان لم يكن له ما يجب فيه العشر . وأما استدلالهم بعدم جمع الولاة والأئمة بين الخراج والعشر فقد قال فيه الكمال : منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم . وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم . على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى أن ليس عمر رضى الله عنه على منع الجمع لأنه كان متبعاله مقتفيا لآثاره . أما قولهم أن المعنى الذى وجب له العشر يباين المعنى الذى وجب له الخراج فلا يجتمعان. فهو إن سلم منظور فيه إلى حالة الابتداء وهذا لا يمنع من اجتماعهما بقاء . وقد قال الكمال . أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر . بل للصلح او بأن أحياها وسقاها

بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج . وأما قولهم إن سبب الحقين واحد فممنوع لان سبب العشر نفس الخارج . وسبب الخراج نفس الأرض الصالحة زرعت أم أهملت وعلى تسليم أن السبب واحد فلا مانع كما قال الكمال أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض وظيفتان مع أن العمومات تقتضية مثل قوله ﷺ فيما سقت السماء العشر . فانه يقتضى أن يؤخذ مع الخراج إن كان

***

ولعلك بعد ما رأيت موقف الكمال من الحنفية في أدلتهم تعلم قوة حجج الجمهور ورجحان مذهبهم . وإنك إذا تنبهت إلى أن العشر واجب دينى على المسلمين وأن الخراج واجب اجتهادى ليكون مادة لجماعة المسلمين يسدون به حاجتهم العامة تستطيع أن ترى أن لولى الأمر الحق إذا رأى المصلحة ودعت الحاجه ان يضرب على المسلمين وغيرهم ممن تحميهم الدولة وينتفعون بمرافقها وقوتها ما يحقق به المصلحة ويدفع الحاجة ولا يمنعه من فرض ذلك على المسلمين ما أوجبه الله عليهم قربة ودينا من صدقات تطهرهم وتزكيهم . وأن فرض الخراج عليهم لا يعفيهم مما وجب عليهم بنص الكتاب وصريح السنة

انعقاد النكاح بعبارة النساء

اتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة أن تلى جميع العقود غير النكاح بنفسها وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض

عليها . واتفقوا أيضا على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا باشره وليها الشرعى مع رضاها يكون صحيحا نافذا . أما اذا باشرته هى أو وكلت غيره بمباشرته فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزومه

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا إلا أن للولى حق الاعتراض فيما إذا كان بغير كفء مالم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا وروى عن الاولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره . وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك والشافعى وأحمد واسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

وذهب داود إلى أنه صحيح إذا كانت ثيبا وباطل إذا كانت بكرا

وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا أذنها الولى به وباطل اذا لم يأذن

وقال محمد بن الحسن . هو صحيح موقوف على أجازة الولى إن إجازه الولى نفذ وإلا بطل . ويقول أيضا اذا أمتنع الولى عن الاجازة فى الكفء جدد القاضى العقد ولا يلتفت اليه . وقد روى رجوعه إلى المذهب الأول الذى هو ظاهر الرواية

وذهب الشعبي والزهرى إلى أنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

هذه جملة مما عثرنا عليه من مذاهب العلماء فى هذه المسألة « النكاح بغير ولى » وهى ترجع إلى قول بالجواز مطلقا وقول بعدمه مطلقا وقول بأنه موقوف مطلقا وأقوال بالتفصيل فيصححون فى حال دون حال.

الادلة

استدل جمهور الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول

« أما الكتاب » فقد جاء فى غير آية التصريح باسناد النكاح إلى المرأة . والاصل فى الاسناد أن يكون إلي الفاعل الحقيقى . فمن ذلك قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف فان هذه الآيات ظاهرة فى أن نكاح المرأة ومراجعتها وماتفعله فى نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولى ولا مباشرته أياه

وأما السنه . فأولا مارواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال :قال رسول الله ﷺ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » وفى رواية الأيم أحق بنفسها » ولأبى داود والنسائى » ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها » ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق إلى المرأة فى نفسها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو بعمومه يتناول مايتعلق باختيار الازواج ومايتعلق بالعقد أما البكر فنظرا لعدم إلفها الرجال ومايغلب عليها عادة من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها . وليس معني هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذي ثبت لها بمقتضي قواعد الاهلية العامة وذلك

لانه مادامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فهى وإياها سواء فيما يختص بامر النكاح وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق . ولا يعدو أثر البكارة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطقت بذلك الاحاديث حتى لو فرض أن بكرا لم تجر على عادة الابكار ولم يمنعها الحياء أن تصرح برغبتها وأن تباشر حقها بنفسها لما تصورنا فى هذه الناحية فرقا بينها وبين الثيب التى أعطيت كل الحق ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على عقدها بالبطلان . وليس لنا ماتتصوره فى هذا الموضوع الاصيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال . وهذا أدب من الآداب الاسلامية العامة التى أباح الشارع من أجلها أن توكل المرأة فى شئونها من يباشرها فى مجالس الرجال فهى مجرد رخصة لايلزم من تركها اياها ومباشرة شأنها بنفسها أن يحكم على تصرفها بالبطلان . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان هذا الحديث وغيره من أحاديث الاستئمار وأحاديث رد العقد الذى يعقد على المرأة وهى كارهة تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لابد منه فى النكاح واذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطا فى صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف اذا ماباشره الشخص بنفسه . وهذا هو ماينبغى أن يلحظ فى وجه استدلال الحنفية بهذا الحديث .

(وثانيا) ماورد فى تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث اليها يخطبها الى نفسها قالت : ليس أحد من أوليائى شاهدا فقال رسول الله ﷺ ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد

من أولياء أم سلمة حاضراً ذلك العقد كما هو قولها . ودل من جهة أخرى على أنه ليس للاولياء حق الاعتراض بابداء الكراهة فى غير محلها وذلك ظاهر فى أن اعتراض الولى لا يعول عليه حيث تتوفر الكفاءة فضلا عن أن العقد لا تتوقف صحته على مباشرة الولى . وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواة هذا الحديث فى تزوج أم سلمة . وأما ما روى من زيادة قولها لابنها : يا عمر قم فزوج رسول الله . أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا « قم ياغلام فزوج أمك » فغير ثابت لان ابنها عمر كان عند تزوج رسول الله ﷺ بها صغير السن ليس أهلا التصرف . والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لا بد لها من دليل خاص .

أما المعقول فقالوا : من البين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها أحد من الاولياء وذلك كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى وما اليها من الحقوق الخاصة التى تكتسبها المرأة بهذا العقد . وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى للاولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة التي يتوقف كمالها على مراعاة الكفاءة والاصل فى مثل هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الاصلية ويكفى فى مراعاة ما للغير من حق ثانوى أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مظنة للفوائد التى قد تعود اليه . وهذا ما يريده الحنفية من قولهم : إنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولى بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

أدلة القائلين باشتراط الولى لمباشرة العقد

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب . فقوله تعالى « وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وما استدل به الحنفية من قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ووجه الاستدلال بالاولين أن الخطاب موجه إلى الاولياء فدل على ان الزواج اليهم لا إلى النساء . ووجه الاستدلال بالثالثة انها نهت الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترن من الازواج . قالوا وانما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع فدل على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ما ورد فى سبب نزول الآية فقد روى البخارى فى صحيحه وأبو داود والترمذى وصححه عن معقل ابن يسار أن الآية نزلت فيه . قال زوجت أختا لى فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له . زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا . وكان رجلا لا بأس به . وكانت تريد أن ترجع اليه فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه . فانزل الله هذه الآية « وإذا طلقتم النساء » الخ فقلت : الآن أفعل يارسول الله قال فزوجها إياه

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ماذكر من رغبتها فى زوجها . وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب فى الاية للازواج كما قيل .

وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاوس ومجاهد وغيرهم فى تفسير

« الذى بيده عقدة النكاح » فى آية « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » أنه الولى .

وأما السنة . فأولا . مارواه احمد واصحاب السنن إلا النسائى عن ابى موسى ان النبى ﷺ . قال : « لا نكاح الا بولى » وصححه ابن حبان والحاكم وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبى ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش . ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا . قالوا وهو صريح في أن النكاح لايصح بدون ولى

« وثانيا » مارواه الخمسة الا النسائى عن عائشة رضي الله عنها أن النبى ﷺ قال « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل — قالها ثلاثا — فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولى من لاولى له »

« ثالثا » مارواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لاتزوج المرأة المرأة ولاتزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التي تزوج نفسها »

وأما المعقول . فهو أن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الاسر والمرأة بما عندها من نقص الاختبار لاتحسن الاختيار لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة التى قد تغطى عليها جهة المصلحة فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الاكمل منعت من مباشرة العقد

واستدل داود ومن وافقه على التفرقة بين البكر والثيب بحديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » وحديث « ليس للولى مع الثيب أمر » قالوا : هما صريحان فى أن كل أمر الثيب اليها وحدها ومنه عقد النكاح . وصريحان أيضا

فى الامر باستئذان البكر . فليس للبكر حق إلا أن تأذن فى نكاحها وهو يدل على أن الذى يتولى نكاحها انما هو غيرها وهو الولى الذى يستأذنها .

واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولى فقط بحديث عائشة « أيما أمرأة » الخ فانه يدل على ان نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها فاذا زوجت نفسها باذن وليها صح نكاحها ولا يتوقف على مباشرة الولى

واستند محمد فى قوله : «أن العقد موقوف على إجازة الولى» الى هذا الحديث غير أنه قال : إن الاذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا

واستدل الشعبي والزهرى على أن العقد صحيح في الكفء وباطل فى غيره بقول النبى ﷺ لام سلمة « ليس أحد من أوليائك شاهداً أو غائباً يكره ذلك » جوابا لقولها ليس أحد من أوليائى شاهدا . فانه يدل على صحة العقد بغير ولى حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الاولياء بأن توفرت الكفاءة ويدل بمفهومه على خلاف هذا

هذه أدلة المذاهب فى مسألة النكاح بغير ولى . ولعلك تلمح وأنت تقرأ أدلة الحنفية ما تستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه فى التفرقة بين البكر والثيب من أنه لا يعقل أن يكون للبكارة معنى يكون سببا فى بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن يتوفر فيها العقل والبلوغ وليس فى حديث « الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر واذنها صماتها » ما يدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر بل كل ما يؤخذ منه أن يكتفى منها نظراً لحيائها بما يدل على رضاها بالنكاح أما أن العقد يكون باطلا إذا عقدته بنفسها فهذا ما لا يدل

عليه الحديث . وعلى هذا فلا وجه لقولهم فى الاستدلال أنه ليس لها حق إلا أن تأذن فى نكاحها

أما استدلال أبى ثور بحديث عائشة « أيما امرأة » فيتجه عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهرى غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة عن الزهرى وبعضها من رواية بن لهيعة عن شيخه عن الزهرى . وابن لهيعة معروف والحجاج بن أرطاه ضعيف ولم يثبت سماعه عن الزهرى فحديثه منقطع . اما الطريق الاول فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه فقال له ان سليمان بن موسى حدثنا به عنك . فأثنى على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قد وهم على . وفى هذا ايماء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لا أنه ينساها لأن هذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفى بلفظ النفى . وقد نقل هذا الطحاوي فى معانى الآثار والحافظ ابن حجر فى الدراية . وعلى هذا فلا وجه لاعلال هذه الحكاية عن ابن جريج كما لا وجه لقولهم : انه على تقدير صحتها لا تدل الا على نسيان الزهرى — ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن موسى واهما فيه لأن الزهرى — كما تبين — لم يكن ناسيا وانما كان منكرا . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان عائشة التى روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذنها فى هذا التزويج كما يدل عليه ماجاء فى رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر — أمثلى يصنع به هذا ويفتات عليه فى بناته ؟ فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة

يثبت سماعه عن الزهرى . فحديثه منقطع أما الطريق الاول فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه فقال له ان سليمان بن موسى حدثنا به عنك . فأثنى على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قد وهم على . وفى هذا ايماء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لا أنه ينساها لأن هذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفى بلفظ النفى . وقد نقل هذا الطحاوى فى معانى الآثار والحافظ ابن حجر فى الدراية . وعلى هذا فلا وجه لاعلال هذه الحكاية عن ابن جريج كما لا وجه لقولهم : انه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهرى ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن موسى واهما فيه . لأن الزهرى – كما تبين – لم يكن ناسيا وانما كان منكرا. هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان عائشة التى روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذنها فى هذا التزويج كما يدل عليه ماجاء فى رواية ذلك من قول عبد الرحمن – حينما حضر – أمثلى يصنع به هذا أو يفتات عليه فى بناته ؟ فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا وكان لا بد من اعادة العقد على حفصة مع أنه لم يحصل . ثم لو كان صحيحا أيضا لما عملت عائشة على خلافه . وعلى فرض صحة الاحتجاج به فغايته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذى استدل به من لا يشترط الولى

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب اليه .

أما استدلال الشعبى والزهرى بحديث زواج أم سلمة فيتجه عليه أنه استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم – على فرض اعتبارها – لا تقاوم منطوق

أدلة من لا يشترطون مباشرة الولى . وهى ـ كما رأيت ـ عامة لم تفرق بين التزويج بالكفء والتزويج بغيره . على أن غاية ما يدل عليه هذا المفهوم أن للمرأة حق الامتناع عن مباشرة العقد إذا كان الولى غائبا . وكان الزوج مظنة ألا يرضى به الولى . وبعد هذا يحتمل أن يكون امتناعها لعدم صحة العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لخوف اعتراض الولى على العقد وطلبه فسخه إذا حضر . وتعيين أحد هذين الاحتمالين لا بد له من دليل . والدليل قائم على تعيين الثانى وذلك ما سبق من الأدلة التى لم تفرق فى صحة العقد بعبارة النساء بين التزوج بالكفء والتزوج بغيره

هذا وقد علمت أن هذا المذهب رواية الحسن عن أبى حنيفة وقد نص علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى في زواج غير الكفء . قال شمس الأئمة . وهذا أقرب إلى الاحتياط إذ ليس كل ولى يحسن المرافعة ولا كل قاض يحسن الحكومة ولو انصف الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة لكثرة التردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له خصوصا أن الذين جعلوا للولى حق الاعتراض قيدوه بما إذا لم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا فيسقط مالهم من حق الاعتراض صونا للولد ومحافظة على الحمل من الضياع . وبذلك يتقرر العار ولا سبيل للولى إلى دفعه. وهذا المعنى فى الواقع ترجيح لاحتمال عدم صحة العقد وتخصيص لأدلة الحنفية التى تفيد الصحة مطلقا بما إذا لم يكن الزواج من الكفء . وهو تخصيص بقاعدة ثابتة مستقرة فى الشريعة فلا مانع من قبوله . وقد يقال : إن غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولى فى غير الكفء اما أن العقد يكون بعبارته ويكون باطلا بعبارتها فلا دليل عليه وهو موضع النزاع .

أما استدلال الجمهور على لزوم الولى بآية وانكحوا الأيامى منكم وآية « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فيتجه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل احتمالا قويا ان يكون لعامة المسلمين لا لخصوص الأولياء ولا لأمرهم مباشرة عقد الزواج فهو من باب التشريع العام ويكون المسلمون مأمورين في الآية الأولى بالعمل على اعفاف الأيامى وعدم الحجر عليهن فى التزوج كما كان يفعل أهل الجاهلية . ويدل على هذا ما روى عن النبي ﷺ « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير . وواضح أن الغرض من ذلك الأعفاف بتسهيل طرقه وعدم الحجر على النساء فى الزواج . أما الآية الثانية فالمقصود منها هو اشتراط ايمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة . فهو تقرير مبدأ عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه فى علاقة الزوجية . وليس خطابا لخصوص الأولياء ولا نهيا لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين

وأما آية « اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فاستدلالهم بها مبنى على أن الخطاب فيها للاولياء : وقد اختار الفخر الرازى أنها خطاب للازواج . قال : والذى يدل عليه أن قوله تعالى « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج فوجب أن يكون الجزاء خطابا معهم أيضا وإلا لزم تفكك النظم الكريم . ثم قال والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذى بين سبب النزول

ولك أن تختار ما سلف في الآيتين الأولين من أن الخطاب لعامة المسلمين والقصد نهيهم أن يقع بينهم عضل للنساء إذا حصل بينهم طلاق

خرجت المرأة من عدته ونظرا لوجوب تكاتف المسلمين فى تنفيذ الأحكام فيما بينهم وجه الخطاب اليهم جميعا كما هو الشأن فى مثله من التشريع العام .

على أنا لو سلمنا أن الخطاب للاولياء فنهيهم عن العضل لا يدل على أن أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء . فان العضل هو المنع ، والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى وهـذا شيء يقدر عليه الأولياء وكان مألوفا عند كثير منهم . ويدل عليه قوله تعالى « أن ينكحن » حيث نسب النكاح إليهن لا إلى الأولياء وهو دليل واضح على أن العضل المنهى عنه هو منعهن عن أن يباشرن عقد زواجهن بمن يخترن من الأزواج وبذلك ترى أن الآية انما تصلح دليلا لمن لا يشترط عبارة الولى فى النكاح

أما استدلالهم بحديث « لا نكاح إلا بولى » فيتجه عليهم فيه أنه ضعيف مضطرب فى اسناده فرواه موصولا اسرائيل وشريك عن أبى اسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى عن النبى ﷺ ورواه منقطعا أسباط بن محمد وآخرون عن يونس بن ابى اسحق عن أبى بردة فلم يذكروا أبا اسحق ورواه مرسلا شعبة وسفيان الثورى فلم يذكرا أبا موسى وكل واحد من شعبة وسفيان حجة على اسرائيل وجميع من معه فكيف بهما إذا اجتمعا ؟ فهو حديث لا تقوم به حجة على أصلهم ولو سلمنا صحة الاحتجاج به ـ بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض فغايته أنه حسن وهو لا يعارض الصحيح الذى ذكرنا « الأيم أحق بنفسها »

وقد علمت ما يتجه على حديث (ايما امرأة) ونزاد هنا أن هذا الحديث يخالف مذهب الجمهور فان مفهومه ـ وهم يعتدون بالمفهوم — أنها إذا نكحت باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم

أما حديث (لاتزوج المرأة المرأة) فقد قال فيه ابن كثير الصحيح وقفه على أبى هريرة وقد جاء فى لفظ للدار قطنى (كنا نقول التى تزوج نفسها هى الزانية) وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها فى الزواج وليس فيه مايدل على فساد العقد إذا باشرته المرأة . ألا ترى أنه سماه زواجا ، وهذا الأسلوب معروف فى التنفير . ومنه قوله تعالى (الزانى لاينكح الا زانية أو مشركة والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك) :

ولاريب أن محاسن العادات ومايبنغى للمرأة من عدم الخروج عن مألوفها أمر مستحسن ولكن فساد العقد بعبارتها شىء وراء ذلك ولم يقم عليه دليل إلى الآن

أما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التى ذكروا للنكاح لاتتوقف على أن يباشر الولى العقد بنفسه بل يكفى فى حصولها أن يأذن لها الولى أو يرضى به ويباشر العقد بعد ذلك من يباشر . فهو دليل قاصر عن عموم الدعوى التى هى عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء : والعلة الحقيقية فى فوات هذه المصالح ليست هى الانوثة كما يظن وإنما هى الصغر الذى من شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح . أما الانوثة فليست ملزومة دائما ولاغالبا لفوات تلك المصالح فلاتصلح أن تكون مظنة . قال الكمال (ومجرد وقوع المفسدة أحيانا لايوجب المظنة وإذا وجد فللولى رفعه . وكون ولى يحتشم قليل بالنسبة إلى دفع العار عن النفس)

ولوسلمنا فليس ماذهبوا اليه متعينا لرفع الخلل إذ لافرق فى دفعه بين أخذ الرأى ومباشرة العقد

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول ﷺ وقوله وقواعد

الأهلية المقررة لصحة التصرفات . كل هذا يشهد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر سواء أكان لهن أم لغيرهن بوكالتهن . ويكفى فى مراعاة حق الولى أن يستأذن فى غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذا لم يأذن ونقول ـ مراعاة للآداب الاسلامية ـ إنه يستحب أخذ رأى الولى وأن يباشر العقد بنفسه (كيلا تنسب الى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات)

وأن الشريعة الاسلامية ـ التى تقرر حق المرأة فى الحياة العامة وتجعل لها فى حياة الزوجية حقا مثل حق الرجال (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف) وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف ـ ليبعد كل البعد أن تجعل عباراتها مفسدة للعقد حضر الولى أم غاب رضى الولى أم لم يرض

واذا صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما اذا غاب أو لم يأذن فما هى الشبهة فيما اذا حضر أو أذن ؟

المقدار المحرم من الرضاع

أجمع العلماء على أن الرضاع تثبت به حرمة النكاح كما تثبت بالنسب والمصاهرة . واختلفوا بعد ذلك في مقدار الرضاع الذي يثبت به ذلك التحريم فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء فى ثبوت التحريم وهو مذهب جمهور من السلف والخلف ورواية عن الامام أحمد . وذهبت طائفة إلى أن المحرم منه قدر معين ولكنهم اختلفوا فى تحديد ذلك القدر . فقال أبو عبيد وأبو ثور وداود الظاهرى وابن المنذر لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وإنما يحرم الثلاث فما فوقها وهو رواية ثانية عن الامام أحمد .

وقال آخرون لا يثبت التحريم بأقل من خمس رضعات متفرقات وهو مذهب الشافعي وظاهر الروايات عن أحمد واحدى روايات ثلاث عن عائشة والثانية عنها لا يحرم أقل من سبع والثالثة لا يحرم أقل من عشر وسنقتصر فى البحث والمقارنة على غير هاتين الروايتين

الأدلة

استدل أبو عبيد ومن معه بما رواه الجماعة إلا البخارى عن عائشة أن النبي ﷺ قال : لا تحرم المصة ولا المصتان . وبما رواه أحمد ومسلم عن أم الفضل أن رجلا سأل النبي ﷺ أتحرم المصة ؟ فقال لا . لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان . وفى رواية قالت : دخل اعرابي على نبي الله ﷺ وهو فى بيتى . فقال يانبي الله إنى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى انها ارضعت امرأتى الحدثى رضعة اورضعتين فقال النبي ﷺ لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان

فقالوا هذه أحاديث صحيحة ثابتة رواها الثقاة وهي صريحة فى نفى التحريم بما دون الثلاث فتكون مقيدة لمطلق الارضاع الثابت بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وما أشبهه مما ورد فى الاحاديث . تقيده بغير الرضعة والرضعتين وهو الثلاث فما فوقها .

واستدل الشافعية . أولا بما روى مسلم وأبو داود والنسائى عن عائشة أنها قالت : كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله ﷺ . وهن فيما يقرأ من القرآن . وثانيا بما رواه مالك فى الموطأ وأحمد عن عائشة أنها قالت أن أبا حذيفة تبنى سالما وهو مولى لامرأة من الانصار كما تبنى النبي ﷺ زيدا وكان من

تبنى رجلا فى الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى انزل الله عزوجل ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم . فردوا إلى آبائهم فمن لم يعلم له اب فمولى واخ فى الدين فجاءت سهلة فقالت يارسول كنا نرى سالما ولدا يأوى معى ومع أبى حذيفة. ويرانى فضلى . وقد أنزل الله عزوجل فيهم ماقد علمت فقال أرضعيه خمس رضعات فكان بمنزلة ولده من الرضاعة

قالوا وعائشة أعلم الأمة بحكم هذه المسألة هى ونساء النبى وقد كانت إذا أرادت أن تدخل عليها أحدا أمرت أحدى بنات اخوتها أو اخواتها فأرضعته خمس رضعات . فهذا عملها وذلك مرويها وكلاهما صريح فى أن التحريم انما يتعلق بالخمس فيكون مطلق الكتاب والسنة مقيدا بها . أما أحاديث المصة والمصتين فتنفى التحريم بمطلق الرضاع ولاتثبت التحريم بالثلاث والاربع إلا بالمفهوم وهو مفهوم عدد لايقوى على معارضة مفهوم الحصر الثابت فى رواية ابن ماجه عن عائشة : لايحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات . وهذا طريق يجمع بين النصوص الواردة فى الباب كلها بدون أن يهمل شىء منها . وفى الاخذ بالمطلق اهمال لاحاديث الخمس ولاشك أن اعمال الأدلة كلها خير من اهمال بعضها

واستدلوا ثالثا . بأن المعنى المحرم في الرضاع انما هو شبهة الجزئية التى تحدث بالابن المنبت للحم المنشز للعظم .وهذا لا يتحقق بالقليل من الرضاع فلا يكون القليل محرما فوجب المصير الى ماثبت بالسنة وهو الخمس

واستدل الجمهور .أولا ـ بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) فانه علق التحريم بالارضاع من غير تقدير بقدر معين فكيفما وجد الارضاع

تحقق الحكم. وثانيا بما روى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيي بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال . فذكرت ذلك للنبي ﷺ فاعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما فنهاه عنها. أمره بتركها ونهاه عن قربانها لمجرد أخبارها بالرضاع من غير استفصال عن عدد ولا كيفية . وقد قال العلماء (إن ترك الاستفصال فى الاحوال ينزل منزلة عموم المقال)

وثالثا — بآثار مروية عن الصحابة فقد روى عن على وابن مسعود وابن عباس انهم قالوا قليل الرضاع وكثيرة سواء وعن ابن عمر الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبدالله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة الواحدة والرضعتان قال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلا الآية ولما بلغه أن عائشة تقول لا تحرم المصة والمصتان قال حكم الله أولى وخير من حكمها

ورابعا : بأن الرضاع فعل يتعلق به التحريم فيستوى قليله وكثيره كالوطء الموجب له وذلك لأن شأن الشارع أناطة الحكم بالحقيقة مجردة عن شرط التكرار والكثرة فكلما وجدت الحقيقة وجد الحكم

ثم قالوا ان المعنى الموجب للتحريم فى الرضاع وان كان فى الحقيقة هو الجزئية الحاصلة بتحول الغذاء الى اللحم والعظم إلا أنها أمر خفى غير ظاهر والمعروف من الشرع اناطة الأحكام بالاوصاف الظاهرة المنضبطه . فالحكم لم يتعلق بالجزئية ههنا لخفائها وانما تعلق بالارضاع لظهوره وانضباطه ونظيره اناطة الغسل بالايلاج والرخصة بالسفر .

* * *

قيل لأبى عبيد ومن معه . ان الاحاديث لا تدل الا على أن مجرد المصة

والمصتين من جهة الصبي أو الاملاجة والاملاجتين من جهة المرأة لا يثبت بها التحريم وجائز ان يكون ذلك من قبل أن اللبن لا ينفصل بها لضعف الصبي وحاجته إلى تكرار المص . فالغرض من الحديث دفع توهم ثبوت التحريم بمجرد التقام الصبي الثدى أو ادخال الثدى فى فمه . وهو لا يثبت إلا بتحقق وصول اللبن إلى الجوف . وما جاء فى بعض الروايات من كلمة رضعة . فتصرف من الراوى يدل عليه نفى التحريم بالمصة بعد نفى التحريم بالرضعة . وقد قال ابن عباس حينما سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم ؟ إذا عقى الصبي فقد حرم . والعقى اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد إذا وصل اللبن إلى جوفه . يقال عقيتم صبيكم أى سقيتموه ليسقط عنه عقيه وهو لا يسقط إلا إذا صار اللبن فى جوفه فدل هذا على أن المعول عليه وصول اللبن إلى الجوف ومن هنا يظهر وجه حمل هذه الأحاديث على ماذكرنا . على أن الامام الطحاوى . ذكر أن فى حديث المصه اضطرابا وقال ان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة . وروى أنه سئل عن الرضاعة فقال ما كان فى الحولين وان كان قطرة واحدة يحرم وفتوى الراوى بخلاف روايته يوهنها

وقيل للشافعية : إن حديث عائشة الأول فيه اضطراب وانقطاع من جهة معناه . أما اضطرابه فقد جاء كما فى الرواية السابقة لمسلم وأبو داود والنسائى وجاء فى رواية ثانية لمسلم : نزل فى القرآن عشر رضعات معلومات ثم نزل أيضا خمس معلومات وفى رواية ثالثة للترمذى : انزل فى القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلي خمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك وفى رواية رابعه لابن ماجه كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن ثم سقط لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات

فهذه الروايات يدل بعضها وهو الرواية الأولى على بقاء التحريم بالخمس متلوا في القرآن بعد وفاة الرسول ﷺ وبعضها وهو رواية ابن ماجه يدل على النسخ المعبر عنه بالسقوط كما تدل هذه على أن حكم العشر والخمس نزل مرة واحدة في جمله واحدة ثم سقط الأمران معا في حين أن غيرها يدل على ان حكم العشر نزل أولا ثم نزل حكم الخمس ناسخا لما زاد عليها وهذا اضطراب يضعف الحديث ويسقط الاستدلال به. فان قيل ان الراجح غير رواية ابن ماجه وهي ان العشر نزلت أولا ثم نسخت بنزول الخمس ثانيا وبقيت الخمس حتى توفي الرسول (وهن فيما يقرأ من القرآن) قلنا كيف هذا وهو لم يثبت في القرآن؟ وهل هذا إلا قول بضياع شيء منه بعد الرسول ﷺ؟ نعوذ بالله من هذا ومن تمحل الجواب عنه

قال ابن القيم في زاد المعاد (هو قرآن لم يتواتر وقد نسخ لفظه وبقي حكمه فيكون له حكم قوله (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما) مما اكتفى بنقله آحادا وحكمه ثابت اما قول عائشه فتوفي الرسول وهن فيما يقرأ فالمراد أنه لقرب عهد الوفاة بالنسخ كان يقرؤها من لم يبلغه النسخ اهـ

وهذا تأويل بعيد لا يساعد عليه ظاهر الرواية وان سلمناه وقلنا انه خبر من زعم انه سقط شيء من القرآن او انه لم يتواتر فلم يثبت في القرآن فهو يدل على نسخ الكل لا على نسخ البعض كما يقولون والقول بالنسخ مع بقاء الحكم يحتاج الى دليل لأن الأصل ان نسخ الدال يرفع حكمه قال الكمال: واما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والاجماع لم يثبت به

هذا . وقد تساءل صاحب المنار في تفسيره عن حكمة نسخ العشر بالخمس عند من عمل برواية عائشة . وعن حكمة نسخ الخمس عند من قبل روايتها وادعى ان الخمس نسخت بنسخ التلاوة ؟ وقال ان اقصى مايمكن أن يقال فى بيان الحكم انها التدرج فى التحريم كما فى الخمر ولكن بين التحريم بالرضاع وتحريم الخمر فرقا فشرب الخمر من شأنه اغراء الشارب فيصعب تركه مرة واحدة ولا كذلك نكاح المرضعة ثم استبعد وقوع النسخ فى هذا الحكم وقال إذا كانت العلة فى التحريم بالرضاعة ـ وهى الجزئية . تتحقق بالثلاث او الخمس . فكيف يجعلها الحكيم عشرا ثم خمسا ثم اقل من ذلك؟ الحق انه لايظهر لهذا النسخ حكمة ولا يتفق مع ماذكر من العلة وإن رد هذه الرواية عن عائشة لاهون من قبولها مع عدم عمل جمهور من السلف والخلف بها . فان لم نعتمد روايتها فلنا اسوة بمثل البخارى وبمن قالوا باضطرابها خلافا للنووى وان لم نعتمد معناها فلنا اسوة بمن ذكرنا من الصحابة والتابعين ومن تبعهم فى ذلك كالحنفية وهى عند مسلم من رواية عمرة عن عائشة اوليس رد رواية عمرة وعدم الثقة بها اولى من القول بنزول شيء من القرآن لا تظهر له حكمة ولا فائدة ثم نسخه اوسقوطه او ضياعه اه وقال القاضي ابو بكر من العربى (ان حديث عائشة فهو اضعف الأدلة لأنها قالت كان مما نزل من القرآن ولم يثبت اصله فكيف يثبت فرعه) ان حديث سالم . فلم يذكر مسلم فيه عددا على ان الشافعية الذين يستدلون به يرون ان المحرم خمس رضعات مشبعات وليس من المعقول ان ترضع المرأة الرجل فتشبعه قال الكمال (لأن الرجل لايشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه . هذا محال عادة . فالظاهر ان معدود خمسا فيه المصات

ثم قال كيف جاز ان يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد ان تحلب له شيئا مقدار خمس مصات فيشربه) ثم هو بعد ذلك فى رضاع الكبير وقد صح انه ليس محرما ففى الموطأ وسنن ابى داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل اباموسى الأشعرى فقال انى مصصت من ثدى امرأتى لبنا فذهب فى بطنى ؟ فقال ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك . فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل . فقال ابو موسى فما تقول انت ! فقال عبد الله . لا رضاع الا ما كان فى حولين . فقال ابو موسى لا تسألونى عن شىء مادام هذا الحبر بين اظهركم . وجاء فى الصحيحين عن عائشة نفسها ان رسول الله ﷺ قال انما الرضاعة من المجاعة . والقول بأن عائشة رضى الله عنها كانت اذا ارادت ان تدخل عليها احدا امرت احدى قريباتها بارضاعه قول لا متفق ونزاهة عائشة رضى الله عنها ومكانتها الدينية التى تأبى عليها اساليب الاحتيال وهى التى روت قول الرسول ﷺ لها : انظرن من اخوانكن انما الرضاعة من المجاعة . والذى مقبل قصة سالم يرى انها رخصه لسهلة خاصة نظرا لنشأته صغيرا بينهما وقد جاء ذلك مصرحا به على لسان امهات المؤمنين .

والظاهر أن التحريم لا يثبت بما دون الرضعة لأن المحرم بنص القرآن هو الارضاع . والارضاع لا يتحقق الا بمرة منه وهى الرضعة : والرضعه هى ان يأخذ الصبى الثدى ولا يتركه الا طائعا . نظير الأكله . والنومه . وما اليهما وبهذا يكون القرآن مطلقا فى الرضعات قليلها وكثيرها وتكون احاديث المصة والاملاجة متفقه مع هذا الاطلاق اذ كل منهما غير الرضعة .

قال ابن العربى وراى مالك وابو حنيفه الأخذ بمطلق القرآن وهو الصحيح لأن عمل بعموم القرآن وتعلق به . وقد قوى ذلك بأنه من باب

التحريم في الأبضاع والحوطة على الفروج فقد وجب القول به لمن يرى العموم ومن لا يراه . والله اعلم .

الطلاق البدعى

شرع الله الزواج لمقاصد سامية لا تتحقق إلا اذا حسنت العشرة بين الزوجين وترابطت قلوبهما . وحرصاً على بقاء هذه العلاقة قوية متينة أحاطها الشارع بسياج منيع يحفظها من الضعف والانحلال . ومن ذلك أنه أمر أولى الشأن اذا خافوا الشقاق بين الزوجين أن يسارعوا الى تلافيه بالاصلاح وأرشد الزوج الى ألا يتأثر بما يجد فى نفسه من بغض وكراهة وأطمعه فى خير كثير يناله اذا لم يساير هذه العاطفة . قال الله تعالى : (وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً) ونفر من الطلاق وجعله بغيضاً عنده لما فيه من قطع ما يحب الله أن يوصل . روى ابن عمر عنه ﷺ أنه قال أبغض الحلال الى الله الطلاق . وروى عن ثوبان أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرأة سالت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة

ومن ذلك تعلم أن الاصل فى الطلاق الحظر لما فيه من كفران نعمة النكاح وهدم مقاصده وإلحاق الايذاء بالزوجة وأهلها وأولادها ولكن الشارع الحكيم قدر ان العشرة بين الزوجين قد تسوء ويتفاقم شرها ولا يجدى فى اصلاحها علاج فأذن عند ذلك بالفراق وجعله سبيلا للخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله وقد يعرض ما يجعل الفراق مندوبا او واجباً

هذا حكم الطلاق بالنظر الى ذاته . وله مع ذلك حكم آخر باعتبار وقته وعدده . وهو بهذا الاعتبار يكون سنيا وبدعيا

والكلام هنا فى موضعين ـ الأول ـ فيما يكون سنيا وما لا يكون ـ الثاني ـ فى وقوع البدعى وعدم وقوعه واليك فى الموضعين ما اتفق العلماء عليه وما اختلفوا فيه

الموضع الأول ـ سنى الطلاق وبدعيه

اتفق العلماء فى هذا الموضوع على ما يأتى :

ا ـ ان طلاق المدخول بها فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة لم يتبعها فى العدة بطلقة اخري سنى

ب ـ ان طلاقها فى الحيض او النفاس او فى طهر مسها فيه بدعى اذا كانت غير حامل

ج ـ ان طلاق غير المدخول بها ليس سنياً ولا بدعياً من جهة الوقت إلا ما روي عن زفر من ان طلاقها حالة الحيض بدعى كالمدخول بها

وأما الذى اختلفوا فيه من هذا الموضوع فهو :

ا ـ سنية الطلاق وبدعيته من جهة العدد . فقال الشافعية : ليس فى الجمع بدعة ولا في التفريق سنة والمدخول بها وغيرها سواء . بل نقل ابن رشد عن الشافعى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق للسنة . وقال الحنفية والمالكية إن إيقاع الثلاث أو الثنتين دفعه واحدة أو متفرقة فى طهر واحد بدعى يستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها . وللحنابلة فى الثلاث روايتان احداهما أنه غير بدعى واختارها الخرقى . الثانية أنه بدعي واختارها أبو بكر وأبو حفص .

أما الثنتان دفعة أومتفرقة في طهر فسنى : هذا فى المدخول اما غير المدخول بها بهافلا سنةولا بدعة فى طلاقها وقتا ولاعددا .

ب ـ إذا أردف طلاق المدخول بها المتفق على سنيته بطلاق اخر فى العدة فقال المالكية والحنابلة يكون بدعيا وقال الحنفية يكون سنيا إذا وزعت الطلقات على الاطهار

جـ ـ طلاق الآيسة والصغيرة. فذهب الحنفية إلى أنه يكون سنياوبدعيا من حيث الوقت فالسنى فيهما أن يطلق واحدةأو أكثر بشرط أن يفصل بين كل تطليقتين بشهر وذهب الأئمة الثلاثة الى أنه لاسنة ولا بدعه فى طلاقهما من حيث الوقت .

ء ـ طلاق الحامل فقال أبو حنيفةوأبو يوسف هى كالآيسةوالصغيرة يكون طلاقها سنيا بواحدة او بثلاث فى ثلاثه اشهر وقال محمد وزفر لايكون سنيا الا بواحدة وقال الأئمة الثلاثة لا يوصف طلاقها بسنة ولا بدعة.

والخلاصة. ان الحنفية يرون ان الطلاق يكون سنيا وبدعيا من حيث الوقت والعدد فى المدخول بها ومن حبث العدد فقط فى غير المدخول بها اما من حيث الوقت فليس في طلاقها سنة ولا بدعة

وان الشافعية يرون انه لاسنة ولا بدعة فى العدد مطلقا . أما من خيث الوقت فيرون ان طلاق الصغيرة والآيسةوالحامل وغير المدخول بهاوالمختلعه وطلاق الحكمين والحاكم على المولى بطلبها وطلاق المتحيره ليس سنيا ولا بدعيا وماعدا ذلك فاما سنى واما بدعى.

وان الحنابلة يرون ان طلاق الآيسةوالصغيرةوغير المدخول بها والحامل

لايكون سنيا ولا بدعيا فى وقت ولا عدد وماعدا ذلك يكون سنيا و بدعيا من حيث الوقت والعدد. وأن المالكية يرون أن طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها لا يوصف بسنية ولا بدعية من حيث الوقت أما من حيث العدد فيكون سنيا و بدعيا

هذه هى آراء الأئمة فى سني الطلاق وبدعيه والاصل فيما اتفقوا على سنيته أو بدعيته قوله تعالى (ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) وقوله ﷺ لعمر – وقد طلق ابنه عبدالله امرأته فى الحيض (مره فليراجعها أو ليطلقها طاهرا أو حاملا) فان معنى الآية الأمر بتطليق النساء فى الوقت الذى تستقبل فيه العدة وقد ورد عن النبي ﷺ بيانه بقوله فى حديث ابن عمر : فان بداله أن يطلقها قبل يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ومن ذلك استنبط العلماء أن الطلاق الذى يطول العدة على المرأة أو يوقع اشتباها فى العدة . او يقع فى زمن فتور الرغبة فيها يكون بدعيا وقد وجدت هذه المعانى كلها فيما اتفقوا على بدعيته . ولم يوجد واحد منها فيما اتفقوا على سنيته ولما كانت الرغبة متوفرة فى غير المدخول بها دائما وليس لها عدة يخشى طولها أو اشتباهها جاز طلاقها فى الحيض والطهر على حد سواء ولم يكن طلاقها من حيث الوقت سنيا ولا بدعيا إلا أن زفر يقول أن وقت الحيض فى ذاته زمن نفرة فطلاقها فيه كطلاق المدخول بها فيه . ووجه الجمهور واضح

الأدلة فى مواضع الاختلاف

استدل الشافعية على مذهبهم فى المسألة الأولى باطلاق النصوص

الواردة في الطلاق وذلك مثل قوله تعالى (لاجناح عليكم ان طلقتم النساء) الآية و (يأيها النبي إذا طلقتم النساء) الآية حيث لم يقيد الطلاق فيها بعدد مخصوص

وبما روى عن سهل بن سعد قال لما لاعن أخو بنى عجلان امرأته قال يارسول الله كذبت عليها ان امسكتها فطلقها ثلاثا ولم ينكر ذلك عليه ﷺ

وبما جاء فى بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس (طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله نفقة ولاسكنى ولم ينكر عليه أيضا

وبأن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر ثلاثا فى مرضه . وبأن الحسن بن على رضى الله عنه طلق امرأته شهباء حينما هنأته بالخلافة بعد موت أبيه ثم قالوا ان الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر وأما حرمة الطلاق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه فهى للمضارة أو لاشتباه وجه العدة . وقالوا لو طلق نساءه الاربع بكلمة واحدة كان سنيا اتفاقا فكذلك إذا جمع الثلاث للواحدة

واستدل المالكية والحنفية بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى : الطلاق مرتان فامساك بمعروف أوتسريح باحسان الي قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ قال الكمال دلت الآية على ألا طلاق مشروع إلا كما جاء فيها إذ ليس وراء الجنس شىء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بكلمة واحدة

أما السنة . فما روى عن ابن عباس انه قال للذى طلق ثلاثا عصيت ربك وفارقت امرأتك . وماجاء في حديث عبادة بن الصامت حيث قال ﷺ

بانت بثلاث فى معصية الله وماروي النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال رسول الله ﷺ ألا أقتله ؟

أما المعقول فقالوا الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدينوية وكفران نعمة النكاح ولا يخرج عن هذا الاصل الا عند الحاجة وماشرع لحاجة يقدر بقدرها ويكفى فى دفع الحاجة الواحدة أو التفريق على الاطهار والجمع مع كونه زيادة مفوت للحكمة المقصودة للشارع من التفريق وهى التدارك عند الندم . وبهذا التقرير اندفع قول الشافعية ان الأصل فيه الاباحة وهي لا تجامع الحظر أما آيات الكتاب المطلقة فهى مقيدة بالآية التى ذكرنا . وأما عدم الانكار على عويمر فلان الفرقة لم تقع بالطلاق بل بلعانها وأما الاحاديث الأخرى فلم يقع جمع الثلاث فيها بين يديه ﷺ حتى يكون مقراً له ولم يحضر المطلق حتى ينكر عليه على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل اليها بتطليقة كانت قد بقيت لها من طلاقها . وقد روى محمد بن سيرين عن على كرم الله وجهه أنه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق مايتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها

* * *

واستدل المالكية على مذهبهم فى مسألة تفريق الطلقات على الاطهار بأن الأصل في الطلاق الحظر كما قرر فى المسألة السابقة وأن الأباحة للحاجة وهى

تندفع بالواحدة واستدل الحنفية بقوله ﷺ فى حادثة ابن عمر ـ وقد أراد أن يتبع الطلقة التى أوقعها فى الحيض بطلقتين أخريين عند القرأين يا ابن عمر ماهكذا أمرك الله قد أخطأت السنة . السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرنى فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عندذلك أو أمسك . وأما القول بان الأصل فى الطلاق الحظر وانما يباح للحاجة فمسلم ولا نسلم أن الحاجة تندفع بالواحدة فى كل حال بل قد يحتاج الى أن يفطم نفسه عنها على وجه يأمن فيه من عروض الندم فاذا أعاد تطليقها فى الطهر وهو زمن تجدد الرغبة دل على تمكن تلك الحاجة من نفسه

ولا يخفى أن مدرك المالكية فى هذه أظهر ولا دلالة فى الحديث لأنه تشريع عام لا يخص الحادثة بدليل قوله إذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك على ان فى ارداف الطلقات تكريراً لفجيعة المرأة وزيادة فى إيلامها بغير موجب ولأن يفطم المرء نفسه بعزيمته خير من أن يفطمها بايذاء المرأة .

أما الخلاف فى المسألتين الأخيرتين فمع ابتنائه فى الجملة على الخلافية الثانية فامره سهل لاتفاقهم على ان تطليق كل منهن واحدة ليس بدعيا

وقوع الطلاق البدعى

قد علمت أن من البدعى مايرجع إلى الوقت ومنه مايرجع إلى العدد . وقد قال ابن القيم فى زاد المعاد : اجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذى أذن الله فيه وأباحه اذا كان من مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له . واختلفوا فى وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان ـ المسألة

الاولى ـ الطلاق فى الحيض أوفى الطهر الذى مس فيه ـ المسألة الثانية ـ الطلاق بجمع الثلاث . ولنفرد لكل منهما بحثا على حدة

وقوع الطلاق فى الحيض أوفى طهر مس فيه

اختلف العلماء في هذه المسألة . فذهب الائمة الاربعة وجمهور الفقهاء إلى القول بالوقوع وذهبت طائفة إلى القول بعدم وقوعه منهم الباقر والصادق من أئمة الشيعة . وابن علية من فقهاء المعتزلة . وارتضاه ودافع عنه من الحنابلة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أوتسريح باحسان) وقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وغير ذلك من آيات الطلاق . قالوا جاءت هذه الآيات مرتبة على مطلق الطلاق حكمه من غير أن تقيده بوقت دون وقت ولا بمطلقة دون مطلقة فدل ذلك على الوقوع فى عموم الاوقات والاحوال ولم يوجد من النصوص مايقيد اطلاق هــذه الايات فوجب القول بوقوع الطلاق فى طهر أو حيض ـ أما السنة : فما ورد فى قصة عبد الله بن عمر من الالفاظ الدالة على الوقوع . وأولها قوله ﷺ فى حديث رواه الجماعة (مره فليراجعها) أمره بالمراجعة وهى انما تكون بعد وقوع الطلاق ثانيها مافى رواية للشيخين (وكان عبدالله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها) ثالثها قول ابن عمر لما قيل له أيحتسب بتلك التطليقة (أرأيت ان عجز واستحمق) أى أن عجزه وحمقه لا يكون عذراً له

فى عدم احتسابها . رابعها ماجاء فى رواية أحمد ومسلم والنسائى (وكان ابن عمر إذا سئل عن الطلاق فى الحيض قال لأحدهم : أما ان طلقت امرأتك مرة أومرتين فان رسول الله أمرنى بهذا وان كنت طلقت ثلاثا فقدحرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك) قالوا هذا عبدالله بن عمر الواقف عند المأثور وهو صاحب قصة الطلاق في الحيض يخبر أن الطلقة احتسبت عليه وينكر عدم احتسابها ويفتى بوقوعها .

ثانيا ـ ماورد عن حماد بن زيد عن أنس رضى الله عنه قال رسول الله ﷺ من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته . قالوا : وقدأفتى بوقوع هذا الطلاق عثمان وزيد ابن ثابت .

أما المعقول فقالوا : إنه طلاق صادر من أهله في محله فيقع . والطلاق ليس عبادةولا قربة حتى يعتبر لوقوعه موافقةالأمر . وانما هو إزالةالعصمة واسقاط الحق فلا تتقيد سببيته بوقت معين . والنهى عنه في وقت الحيض ليس لفقده السببية وإلا لما نهى عنه . وإنما كان النهي لأمر خارج عن حقيقته وعن سببيته وهو الاضرار بالزوجة بتطويل العدة عليها .

واستدل القائلون بعدم الوقوع بالكتاب والسنةوالمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قالوا إن الأصل فى الطلاق الحظر وقد دلت الآية على إباحته ـ للحاجة ـ فى وقت معين وهو وقت استقبال العدة فتقتصر مشروعيته على مورد النص ويبقى ماعداه على الاصل غير مشروع فلايقع وتكون هذه الآية مقيدة لاطلاق النصوص الواردة فى الطلاق مبينة أن الطلاق الوارد فيها المستعقب لآثاره هو الطلاق على

هذا الوجه المذكور فى الآية . ويوضح هذا ماعرف من أن النصوص الواردة فى العبادات وسائر المعاملات كالانكحة والبيوع ـ وان كانت مطلقة ـ لا تشمل إلا المشروع منها .

أما السنة . فما صح من قوله ﷺ (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد . أو كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد) ولا كلام فى صحة هذا الحديث كما انه لا كلام فى أن محل النزاع ليس مشروعا . ويقتضى هذا أنه مردود على صاحبه . ولا يترتب على المردود أثر

ثانيا : ماأخرجه احمد وابو داود والنسائى (أن ابن عمر سئل كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا . فقال طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فقال ان عبد الله طلق امرأته وهى حائض قال عبد الله فردها علي ولم يرها شيئا) قالوا : الحديث من رواية رجال ثقاة أئمة حفاظ . وهو ظاهر فى اهمال هذا الطلاق وعدم وقوعه

أما المعقول . فقالوا : لا خلاف أن الشارع نهي عن هذا الطلاق ولم يأذن للزوج فيه فلا يكون مالكا له وكل ما كان كذلك لا يصح ولا ينفذ . أما أولا فلان النهى يقتضى فساد المنهى عنه وقد سبق رد الرسول لما خالف الأمر واما ثانيا فلان الفقهاء قالوا : لو وكل رجلا أن يطلق امرأته طلاقا جائزاً فطلقها طلاقا حراما لم يقع : فكيف يكون إذن المخلوق معتبراً دون اذن الشارع

ومن البين أن المكلف انما يتصرف بالاذن فما لم يأذن به الله ورسوله لا يكون محلا للتصرف البتة . وما ذلك الا كتطليق الاجنبية والطلقة الرابعة وقالوا ان النهى حجر من الشارع فلو قلنا بالوقوع لم يكن لحجر الشارع معنى وكيف يكون حجر القاضي علي من منعه التصرف اقوي من حجر الشارع

وقالوا ان النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين إلا بيقين مثله من كتاب او سنة صحيحة صريحة او إجماع . ولا سبيل الى واحد من هذه الثلاثة . فلا تزول العصمة بهذا الطلاق المحظور

***

هذه ادلة الفريقين فى المسألة . وقد نوقش الجمهور فى الاستدلال بالآيات المطلقة بما سلف فى ادلة المخالفين من انها مقيدة بآية فطلقوهن لعدتهن

وفى استدلالهم بقصة ابن عمر من وجوه اولها ان كلمة المراجعة ليست صريحة فى وقوع الطلاق لانها جاءت فى كلام الله وكلام رسوله على ثلاثة معان احدها ابتداء النكاح كما فى قوله تعالى (فان طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا إن ظنا ان يقيما حدود الله) ثانيها رد الشيء الى الحالة الحسية التى كان عليها اولا كقوله ﷺ للنعمان بن بشير لما انحل ابنه غلاما خصه به دون ولده ارجعه . وقوله تعالى فلا ترجعوهن إلى الكفار . ثالثها استدامة الملك بعد الطلاق . ومع هذا الاحتمال لا يتم بها استدلال . ثانيا ان حسبانها الوارد فيه لم يضف عينا إلى الرسول ﷺ بل الظاهر أن احتسابها كان اجتهادا من ابن عمر بدليل قوله أرايت فانه لا حاجة إلى الرأى مع النص

وقيل لهم في حديث أنس (من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته) حديث باطل لم يروه أحد من الثقاة وانما هو من حديث اسماعيل بن امية الكذاب وكذلك طعن فى نقل فتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضى الله عنهما

ونوقشوا فى المعقول بمنع انه صادر فى المحل لأن محل الطلاق ما بينته آية فطلقوهن لعدتهن وكونه لإزالة العصمة واسقاط الحق لا يبرر وقوعه ونفاذه عند مخالفة الأمر لأنه لم يملك ذلك الاسقاط الا على وجه خاص

وقد ناقش الجمهور ادلة المخالفين . فقالوا : لامعارضة بين قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وبين الآيات المطلقة حتى يحمل المطلق على المقيد لان المقيدة سيقت لبيان وقت التطليق الذى لايلحق المرأة فيه ضرر والآيات الأخرى سيقت لبيان الاحكام التى تترتب على وقوع الطلاق وقد يكون منه الطلاق لغير العدة وليس فى الاية الثانية ماينفي وقوعه . وكونه محظوراً لأمر لايرجع الى حقيقته الشرعية لايمنع وقوعه وصحته . ؟ وماحظر إلا لأنه يقع ويترتب عليه أثره اذ لو كان غير واقع لما لحق الزوجة منه ضرر ويكون لغوا من القول . وأما عدم شمول نصوص العبادات والمعاملات للفاسد فلأن الفساد خلل راجع الى حقيقتها اما ما يرجع الخلل فيه الى غير الذات فلا نسلم انها لاتشملها ولذلك كان فى العبادات والمعاملات الفاسد والصحيح والمكروه وهذا آية ان النهى لاينافي المشروعية باطلاق.

وقيل لهم فى الحديث (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) ان الرد عدم القبول . ولايلزم منه عدم الصحة . فكم من شىء صحيح غير مقبول ولامثاب عليه .

وقيل لهم فى قول ابن عمر (فردها على ولم يرها شيئا) إن هذا الحديث قد أعله أحمد بمخالفة رواية أبى الزبير لسائر الحفاظ . وقال أبو داود: وروى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ماقال أبو الزبير . وقال ابن عبد البر قوله (ولم يرها شيئا) منكر لم يقله غير أبى الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه . وقال الخطابى قال أهل الحديث لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا . وقد يحتمل أن يكون معناه لم يرها شيئا تحرم معه المراجعة . أولم يرها شيئا جائزا فى السنة

ماضيا في الاختيار . وأمام هذا التجريح لاتجدى محاولة التعديل والتصحيح

ونوقشوا فى المعقول بما سبق تقريره فى تأثير النهى فى المنهى عنه .

وأمامسألة التوكيل وحجر القاضى فالقياس عليهماقياس مع الفارق . لأن الوكيل فى هذا الباب سفير ومعبر عن الموكل . والسفير لايملك غيرمافوض اليه ولأن حجر القاضى مبنى على عدم أهلية المحجور للتصرف . قال الطحاوى وليس ذلك كالوكالات لأن الوكلاء انما يفعلون ذلك للموكلين فيحلون في أفعالهم تلك محلهم فان فعلوا ذلك كما أمروا لزمهم . وان فعلوا ذلك على غير ماأمروا به لم يلزم . والعباد فى طلاقهم إنما يفعلونه لأنفسهم لالغيرهم ولالربهم عز وجل) أماطلاق الأجنبية والطلقة الرابعة فبطلانهما لانعدام المحل ولا كذلك محل النزاع . وقولهم ان النكاح ثابت بيقين ولايزول اليقين إلا بيقين مثله مسلم وليس بعد النطق بالطلاق ممن يقصده وهو أهل له فى محله الشرعى يقين . فاذا منعوا المحلية فجوابه ماسبق فى أثر النهى .

وبعد فاملك بموازنة أدلة الفريقين والنظر فى المناقشة من الجانبين تعرف أن مذهب الجمهور أسعد حظا بالقياس والنص .

ايقاع الثلاث بكلمة واحدة فى وقت واحد

للعلماء فى هذه المسألة مذاهب. فالأئمة الاربعةوجمهور الصحابةوالتابعين على أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة واقع . وذهبت طائفة إلى ان الذى يقع به واحدة رجعية . ومن هؤلاء الزيدية من الشيعة وابن تيميةوتلميذه من الحنابلة . قال ابن القيم : وأفتى ببعض اصحاب مالك حكاه التلمساني قولا لبعض المالكية فى شرح تفريع ابن الجلاب . وافتى به بعض الحنفية حكاه ابو بكر

الرازى عن محمد بن مقاتل . وافتى به بعض اصحاب احمد حكاه ابن تيمية عنه قال وكان الجد يفتى به احيانا

وجاء فى نيل الأوطار ان بن مغيث نقله فى كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح . ونقل الفتوى به عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقى ومحمد بن عبد السلام وحكاه ايضا عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر بن دينار . كما حكاه صاحب البحر عن ابى موسى وذكره رواية عن على وابن عباس .

وذهب بعض الامامية إلى أنه لا يقع به شىء وحكى ذلك عن بعض التابعين وعن ابن علية . وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر

وذهبت جماعة من اصحاب ابن عباس واسحق بن راهوية إلى أن المطلقة إن كانت مدخولا بها وقعت الثلاث وإن لم تكن مدخولا بها فواحدة وبه قال الحسن البصري .

الأدلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب . فآيات الطلاق . فانها قد وردت مطلقة لم تفرق بين ايقاع الواحدة وغيرها . أما السنة . فمنها حديث سهل بن سعد . وفيه أن عويمر العجلانى قال بعد الفراغ من اللعان كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا . وفى رواية لأحمد هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق .

فتسريحه لها بهذه الكيفية بعد أن قال كذبت عليها ان أمسكتها دليل واضح على أنه يعلم أن التطليق على هذا الوجه طريق للبينونة التي يريدها . وقد كان ذلك بمسمع من النبي ﷺ ولم ينكر عليه ان هذا يحقق غرضه

ومنها حديث ابن عمر . قال سئل نبي الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا ويتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للاول ؟ قال لا حتى تذوق العسيلة قالوا فلولا ان الثلاث تقع ما توقف حلها للاول على ذوق العسيلة

ومنها . حديث فاطمة بنت قيس في رواية طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله سكنى ولا نفقة قالوا فلو انه لم يقع اصلا اووقع واحدة رجعية لما حرمت من السكنى والنفقة

ومنها حديث عبادة بن الصامت قال طلق جدي امرأة له الف تطليقة فانطلق الى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك فقال ﷺ ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له

ومنها ماجاء في حديث ركانة بن يزيد انه طلق امرأته البتة . وان النبي ﷺ استحلفه انه ما أراد الا واحدة فاستحلافه على ارادة الواحدة دليل على انه لو أراد الثلاث وقعن . واذا كانت الثلاث تقع بالنية في الكناية فأولى أن تقع بصريح الطلاق

ومنها ماجاء في بعض روايات حديث ابن عمر انه قال : فقلت يارسول الله لو كنت طلقتها ثلاثا أكان لي أن أراجعها فقال رسول الله ﷺ لا كانت تبين وتكون معصية

ومنها حديث محمود بن لبيد وفيه أن الرسول ﷺ أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ قالوا فلولا أن الثلاث يقعن لما كان للغضب محل

ومنها ماروى أبو داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا . قال فسكت حتى ظننت أنه رادها اليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول ياابن عباس ياابن عباس وأن الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلم يجعل لك مخرجا عصيت ربك فبانت منك امرأتك وفى موطأ مالك بلغه أن رجلا قال لعبدالله بن عباس انى طلقت امرأتى ماية تطليقة فماذا ترى على قال طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفيه أيضا أن رجلا جاء الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات فقال . ماقيل ذلك ؟ فقال قيل لى بانت منك فقال صدقوا هو مثل مايقولون . قال الكمال وظاهره الاجماع على هذا الجواب

وأما الاجماع فقالوا ثبت النقل عن اكثر المجتهدين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ان الثلاث يقعن مجتمعة ولم ينكر عليهم ذلك منكر . وقد خاطب عمر الناس جميعا بامضاء الثلاث على من حلف بها وفيهم اصحاب الرسول ﷺ وفيهم من يعلم ماكان عليه العمل فى حياته ﷺ فوافقوه ولم ينكر عليه أحد . قال الطحاوى فى شرح معانى الآثار . فكان ذلك أكبر الحجة فى نسخ ماتقدم من ذلك . لأنه لما كان نقل اصحاب الرسول ﷺ جميعا نقلا تجب به الحجة كان كذلك اجماعهم على القول اجماعا تجب به الحجة . وكما كان اجماعهم على النقل بريئا من الوهم والزلل كان كذلك

جماعهم على الرأى بريئا من الوهم والزلل . وقد رأينا أشياء قد كانت على عهد رسول الله ﷺ على معانى فجعلها أصحابه رضي الله عنهم على خلاف تلك المعاني لما رأوا فيها مما قد خفي على من بعدهم فكان ذلك حجة ناسخا لما تقدمه من ذلك تدوين الدواوين . والمنع من بيع امهات الأولاد وقد كن يبعن قبل ذلك والتوقيت في حد الخمر ولم يكن فيه توقيت قبل ذاك . فلما كان ما عملوا به من ذلك لا يجوز لنا خلافه إلى ما رأينا مما قد تقدم فعلهم به كان كذلك ما وقفونا عليه من الطلاق الثلاث الموقع معا انه يلزم . لا يجوز لنا خلافه الى غيره مما روى انه كان قبله على خلاف ذلك . وبعد ان ساق الاحاديث فى معنى ما ذكرنا للجمهور اورد اعتراضا . قال : فان قال قائل قد رأينا العباد امروا الا ينكحوا النساء إلا على شرائط . منها انهم منعوا من نكاحهن فى عدتهن . فكان من ينكح امرأة فى عدتها لم يثبت نكاحها عليه وهو فى حكم من لم يعقد عليها نكاحا فالنظر على ذلك ان يكون كذلك هو إذا عقد عليها طلاقا في وقت نهى عن ايقاع الطلاق فيه الا يقع طلاقه ذلك وان يكون فى حكم من لم يوقع طلاقا . فالجواب فى ذلك ان ماذكر من عقد النكاح كذلك هو وكذلك العقود كلها التى يدخل العباد بها فى اشياء لا يدخلون فيها إلا من حيث امروا بالدخول فيها . واما الخروج فقد يجوز بغير ما امروا بالخروج به من ذلك انا قد راينا الصلوات قد امر العباد في دخولها الا يدخلوها الا بالتكبير والاسباب التى يدخلون فيها وامروا الا يخرجوا منها الا بالتسليم فكان من دخل فى الصلاة بغير طهارة وبغير تكبير لم يكن داخلا . وكان من تكلم فيها بكلام مكروه اوفعل فيها شيئا مما لا يفعل فيها من الاكل والشرب والمشى وما اشبهه خرج من الصلاة وكان مسيئا فيما فعل من ذلك فى صلاته

فكذلك الدخول فى النكاح لايكون الا من حيث أمر العباد بالدخول فيه والخروج منه قد يكون بما أمروا بالخروج به منه وبغير ذلك

وقد ارتفع صرح هذة الادلة فى نظر الكمال بن الهمام . وقال فماذا بعد الحق الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لايسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف

***

واستدل القائلون بأنه واحده رجعية بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فأمساك بمعروف أو تسريح باحسان) الآية قالوا دلت الاية على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان الطلاق الذى لايملك الرجل فيه الرجعة وهو مادل عليه قوله تعالي (فان طلقها فلا تحل له) الاية والطلاق الذى يملك الرجل فيه الرجعة وهو مايسبق هذه الطلقة وقد شرعه الله مرتين . ولا يفهم العرب من كلمة مرتين ونحوها إلا الحصول متعاقبا دفعة بعد دفعة . ولذلك لم يفهم أحد من قوله . ص . من سبح الله دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين الخ وقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الاية وأيمان القسامة . والاقرار بالزنى إلا الحصول المتعاقب المتكرر بقدر العدد المطلوب ولم يذهب ذاهب الى أن المكلف إذا أتى بها دفعة واحدة مصحوبة بكلمة العدد المطلوب يكون ممتثلا . وكما عرف ذلك في الأقوال عرف أيضا فى الافعال قال تعالى سنعذبهم مرتين . وقال ص . لايلدغ المؤمن من حجر مرتين . وقد روى عن ابن عباس أنه جعل كلمة طلقت ثلاثا بمثابة قرأت الفاتحة ثلاثا فان كان صادقا

فالطلاق صحيح وإلا فهو لغو من القول . فانشاء الطلاق ثلاثا بالقول ليس
فى قدرة الرجل إيقاعه مرة واحدة وذلك لأن الأمور العملية لا تتكرر بتكرر
القول المعبر عنها بل ولا تتكرر القولية باتصال العدد بها فان من يفسخ العقد
مرة ويعبر عنه بقوله ثلاثا يكون كاذبا فالقرآن لم يشر الى الطلاق البائن
بلفظ الثلاث بل ولا البات غير المكمل للثلاث وهذا قدر لا يكاد يختلف فيه
أحد وانما اختلفوا بسبب اختلاف المروى وقد سبق منه ما احتج به الجمهور
على وقوع الثلاث دفعة واحدة

أما السنة فمنها ما رواه ابن عباس عن ركانة أنه طلق امرأته ثلاثا فى
مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي ﷺ كيف طلقتها فقال
ثلاثا فى مجلس واحد فقال له انما تلك واحدة فارتجعها أخرجه الامام احمد
في مسنده وأخرجه أيضا أبو يعلى وصححه

ومنها ما رواه طاووس عن ابن عباس كان الطلاق الثلاث على عهد
رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب واحدة . فقال
عمر بن الخطاب ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه
عليهم فامضاه عليهم رواه احمد ومسلم وفى رواية عن طاووس أن أبا الصهباء
قال لابن عباس هات من هناتك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله
ﷺ وأبى بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان فى عهد عمر تتابع الناس
فى الطلاق فاجازه عليهم رواه مسلم

واما المعقول فقالوا . ان جمع الثلاث بدعة محرمة والبدعة مردودة بالنص
فيجب أن يرد الى المشروع قال ابن اسحق خالف السنة فيرد الى السنة .
وأيضا فان الحكمة المقصودة للشارع من تفريق الثلاث وهى التدارك عند

الندم لاتتحقق بالايقاع جملة وما كان مفوتا لحكمة الشارع يجب إلغاؤه وذلك بالرد إلى الواحدة تحقيقا للحكمة وتصحيحا لانشائه بقدر الامكان

***

واستدل القائلون بانه لايقع شيء لاواحدة ولا أكثر . بانه طلاق بدعى محرم وكل بدعى مردود بنص الحديث المتقدم

واستدل المفصلون بين المدخول بها وغيرها بما جاء في حديث ابن عباس من رواية أبي داود . أماعلمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من امارة عمر قال ابن عباس بلى . كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيه قال أجيزوهن عليهم . وقالوا ان المطلق لما قال طالق بانت به الزوجة لاالى عدة فصادفها قوله ثلاثا وهي اجنبية فلا يقع بها شيء زائد كما لوقال طالق وطالق وطالق

***

ويتجه على من قالوا بالتفصيل أن غاية مافي رواية أبي داود التنصيص على غير المدخول بها وهو لاينافي الرواية الاخرى المطلقة لأن التقييد في هذه جاء طبقا لما وقع في السؤال فلا يدل على انتفاء الحكم في غيرها ، وأما قولهم انها تبين بكلمة طالق لاالى عدة الخ فيتجه عليه أن الكلام متصل

غير منفصل فلا يصح جعله كلمتين بحيث تعطى كل كلمة حكما ولهذا قالوا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل النطق بالعدد لا يقع شيء لأن الكل كلام واحد فى الحكم فلا يصح ماذكروا من القياس

ويتجه على الذين لم يوقعوا به شيئا ماسبق فى الكلام على وقوع البدعى من حيث الوقت على أن رد البدعة يتحقق بايقاع واحدة

وقد ناقش الجمهور أدلة القائلين بالوقوع واحدة فقالوا . ان غاية ماتدل عليه الآية أن الطلاق الذى يكون الرجل فيه أحق برد زوجته ماكان مرتين فان طلقها الثالثة فليس أحق بها وهذا لا يقتضي أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا يقع أصلا أو يقع واحدة وانما يؤخذ ذلك من السنة وفيما روينا دلالة واضحة على اعتبار الثلاث ووقوعها بكلمة واحدة

أما حديث ابن عباس فقالوا فيه ان طريق الامام أحمد فيها محمد بن اسحق والكلام فيه معروف والذى رجحه أبو داود فى تطليق ركانة أنه طلقها البتة ومعنى الارتجاع فيها تجديد العقد عليها عند من يراها بائنة

وأما حديث ابن عباس فقالوا فيه أولا انفرد به مسلم وتركه البخارى قال البيهقى وأظن أن البخارى تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس وساق الروايات القاضية بوقوع الثلاث من ابن عباس التى ذكرنا وقال ابن المنذر لا جائز أن يظن بابن عباس أنه يحفظ عن رسول الله شيئا ثم يفتى بخلافه وثانيا قال الشافعى يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئا نسخ وقال الكمال (وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة مع علمهم بأنها كانت واحدة الا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ) وثالثا ان الحديث ليس فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو

الذى كان يجعل الثلاث واحدة ولأنه علم بذلك وأقر عليه والحجة انما هى قوله أوفعله أو اقراره ولم يثبت واحد منها ورابعا انه مؤول وسلكوا فى التأويل وجوها منها انه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق لأن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ وعهد ابى بكر على صدقهم وسلامتهم لم يظهر فيهم خب ولا خداع فكانوا يصدقون فى ارادة التأكيد وعدم ارادة الثلاث فلما رأى عمر فى زمانه أمور اظهرت وأحوالا تغيرت منع حمل اللفظ على التكرار وألزمهم الثلاث لظهور دلائل قصد ايقاع الثلاث منهم ومنها أن معناه أن الناس كانوا يوقعون الطلاق واحدة فى الزمن السابق ثم اعتادوا ايقاع الثلاث فى زمن عمر فهو اخبار عن الواقع لا عن المشروع

وقالوا ان الاحاديث فى هذا الباب مختلفة واذا اختلفت علينا الاحاديث رجعنا الى ماعليه أصحاب الرسول ﷺ فانهم اعلم بسنته وهذا عمر بن الخطاب وعلى بن ابى طالب وعثمان وابن عباس وغيرهم من كبار الصحابة قد أمضوا الثلاث جملة ولا يمكن أن يظن بهم تغيير المشروع وجعل الحلال حراما فنحن فى هذه المسألة تبع لاصحاب رسول الله ﷺ ويبعد أن تكون الثلاث واحدة ويخفى ذلك عليهم ويعلمه من بعدهم

وقالوا فى المعقول أن الحظر لا ينافى وقوع المحظور فانا رأينا أشياء قد حرمها الله ولم يمنع ذلك من ترتب أثرها عليها إذا وقعت كالظهار فانه منكر من القول وزور وهو محرم بلا شك وقد ترتب أثره عليه وكذلك الرجعة ضراراً والقذف والردة وطلاق الهازل فكلها محرمة ومع ذلك تترتب عليها أحكامها . وقد تقدم فى طلاق الحائض تتمة القول فى ذلك .

هذا وقد رفع لواء الرد على الجمهور ومناقشتهم شمس الدين ابن القيم

الجوزى فى كتابيه زاد المعاد واعلام الموقعين ، وقال انا نتحاكم فى هذه المسألة وغيرها الى من أقسم الله سبحانه وتعالى أصدق قسم وأبره انا لا نؤمن حتى نحكمه فيما شجر بيننا ثم نرضى بحكمه ولا يلحقنا فيه حرج ونسلم له تسليما لا الى غيره كائناً من كان اللهم الا أن تجمع أمته اجماعا متيقناً لاشك فيه على حكم فهو الحق الذى لا يجوز خلافه ويأبى الله أن تجمع أمته على خلاف سنة ثابتة عنه أبداً ، واليك خلاصة ماناقشهم به

أولا — ان الآيات المطلقة محمولة على التقييد للادلة الثابتة التى تمنع وقوع الثلاث بكلمة واحدة ، ولو لم يكن سوى آية الطلاق مرتان — على ماسبق فى بيان دلالتها — لكان كافياً فى التقييد على ان هذه الآيات لم تعرض الا للاحكام التى تترتب على وقوع الطلاق اما ان الطلاق يقع بماذا وعلى اى وصف فلم تعرض له الآيات

ثانيا — أن حديث العجلانى أبعد عن الدلالة على الوقوع وقد سبق توجيه ذلك فى الطلاق البدعى

ثالثاً — أن حديثى فاطمة بنت قيس وابن عمر ليس فيهما حجة لأنه لم يذكر فيهما أن الثلاث كانت جملة بل المفهوم لغة وعرفا من كلمة طلق الرجل ثلاثا التفريق ، على أن الصحيح فى حديث فاطمة أن زوجها أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وفى رواية أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات

رابعاً — ان فى رواة حديث عبادة ضعيفاً (يحي بن العلاء) عن هالك (عبيد الله بن الوليد) عن مجهول (ابراهيم بن عبيد الله) وأية حجة تكون فى رواية ضعيف عن هالك عن مجهول على أن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الاسلام فكيف بجده

خامساً - أن حديث ركانة قال فيه الترمذى سألت عنه البخارى فقال فيه اضطراب وفى أسناده الزبير بن سعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحد ، وقيل متروك ، وهو مع اضطرابه وضعفه معارض بما هو أصح اسناداً وأوضح متناً وهو حديث ابن عباس

سادساً : أن قول ابن عمر لو كنت طلقتها ثلاثا الخ زيادة جاءت فى رواية شعيب بن زريق ، ولو صحت فسبيلها ماسبق فى حديث فاطمة بنت قيس

سابعا - انه لايلزم من غضبه ﷺ ، الوارد فى حديث محمود بن لبيد الحكم بالوقوع بل كان الغضب لما فى ذلك من ارتكاب الحمق ومحاولة الايقاع دفعة واحدة يدل عليه قوله أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم

ثامنا : فى حديث ابن عباس (أيركب أحدكم الحموقة) انه ليس فى كلام السائل مايدل على أنه طلق الثلاث دفعة واحدة ، وانكار ابن عباس بقوله ذلك يحتمل احتمالا قويا أنه لكثرة التطليق مع عدم الحاجة فان الطلاق كما سبق محظور مستوجب للعصيان الا لحاجة مبررة ، وشغفه بالرجوع اليها بعد الثالثة دليل على عدم الحاجة وأن تطليقه كان بمحض الحمق ، على أن هذا الحديث ومثله من فتوى الأصحاب فى الوقوع بالثلاث دفعة واحده جاز كونه بعد امضاء عمر ذلك على وجه العقوبة والتأديب ، ومع هذا فلم يخل عصر من العصور ممن افتى بوقوع الثلاث واحدة كما سبق بيانه وبذلك تسقط دعوى الاجماع

هذه حجج المختلفين ومناقشاتهم ، والناظر فى هذا المقام يرى أمرين بارزين لم يخدش الجمهور دلالتهما ، آية الطلاق مرتان وحديث ابن عباس ، فان الجمهور أنفسهم يسلمون صحته ويزعمون أن اجماع الصحابة على رأى عمر لا يكون

إلا بتقدير ظهور ناسخ لم يكن لهم به علم من قبل أو فهمهم أن الحكم كان معلولا بمعنى زال فى عهد عمر ، ودعوى النسخ لاتقبل بالفرض والاحتمال ، ودعوى أن الحكم معلول بعلة قد زالت تمهد القول بمثل ذلك فى جميع الأحكام حتى مالم ينط منها بوصف يكون مداراً للحكم ، وفى هذا انحلال الشريعة

ولعلك بالنظر الى ماذكرنا وبالموازنة بين القول بلزوم الثلاث والخروج من مأزقة بلعبة التحليل التى هى فى الواقع وصمة منكرة ، وبين القول بوقوعه واحدة وعدم الالتجاء الى التحايل المزرى تدرك أنه يترتب على القول بوقوع الثلاث أمور كلها منكرة فى نظر الشرع والدين

تحريم ما أحل الله ، وانحلال الأسرة ، وضياع الأولاد وارتكاب فظيعة التحليل الممقوتة

وأنه لايترتب على القول بالوقوع واحدة الا اباحة رجوعها إلى زوجها بدون أن تنكح زوجا غيره مع مافى ذلك من حفظ كيان الأسرة ولم شمل الأولاد ، والوقاية من الوقوع في محرم التحليل

وانك لو قطعت النظر عن كل ماورد فى المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظوراً فيه الى الآثار المترتبة على كل من الفرضين يتبين لك واضحا أن القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا والقاعدة المحكمة فى مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضى به الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً

الطلاق بالاعسار

اتفق العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها واتفقوا أيضا على

أنه اذا أعسر بالنفقة ورضيت المرأة بالمقام معه لا تطليق ولا فسخ مادامت راضية . واختلفوا فيما اذا عسر ولم ترض المرأة بالمقام معه من أجل ذلك على أقوال

فذهب جمهور العلماء الى أن للزوجة حق طلب التفريق وأن للقاضى أن يفرق بينهما ـ على اختلاف فى نوع هذه الفرقة ـ طلاق أم فسخ ـ وفى وقت التفريق أيعجل ام يؤجل اياما أو شهرا أو سنة ـ وحكى أصل هذا المذهب عن على وعمر وابى هريرة وغيرهم وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد فى ظاهر الرواية عنه

وذهب الى عدم التفريق عطاء والزهرى وابن شبرمه وهو مذهب الحنفية والثورى وآخرين قالوا : يلزم المرأة الصبر وتتعلق نفقتها بذمته وترفع يده عنها لتكتسب

وذهب ابو محمد بن حزم الى انه اذا أعسر الرجل ببعض نفقة زوجته قضى عليه بما قدر ولو أعسر بالكل لم يقضى عليه بشئ فان يسر بعد ذلك قضى عليه من حين يوسر ولا يقضى عليه بشىء مما أنفقته على نفسها مدة عسره . ثم انه لا يحل للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها لمنعه النفقة عنها بعذر أو بغير عذر . إنما لها أن تنتصف من ماله ان وجدته له بمقدار حقها بل ذهب الى أن الزوجة اذا كانت موسرة يجب عليها أن تنفق على زوجها إذا كان معسرا

وذهب ابن القيم الى انه إذا كانت قد تزوجته وهى عالمة باعساره او كان حال الزواج موسرا ثم أعسر لا تملك طلب الفرقة فى الحالتين أما اذا كان قد غرها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها اعساره فانه يكون لها حق الفسخ

الادلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان : وقوله تعالي ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وجهة الدلالة فى الآية الأولى أن الله أمرنا بالامساك بالمعروف وهو لا يتأتى مع الاعسار فيجب المصير الي التسريح بالاحسان وذلك بالتفريق . وجهة الدلالة فى الثانية ان الآية نهت عن الامساك ضرارا والمعسر اذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . فعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق وأما السنة فمنها ماروى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمنى والا فارقنى جاريتك تقول اطعمنى واستعملنى ولدك يقول الى من تتركنى . رواه احمد والدارقطنى باسناد صحيح واخرجه الشيخان فى الصحيحين وأحمد من طريق آخر وجعل الزيادة المفسرة فيه من قول أبى هريرة وجهة الدلالة فيه انه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الانفاق

ومنها ماروى ابو هريرة أن النبى ﷺ قال فى الرجل لايجد ماينفق على امرأته (يفرق بينهما) رواه الدارقطنى وروى سعيد بن منصور فى سننه عن سفيان عن أبى الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قال سنة ؟ قال سنة. وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ فغايته أن يكون من مراسيل سعيد وهي حجة اتفاقا

وأما المعقول فمن وجوه أولا القياس على الجب والعنة قالوا اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لايقوم البدن الا بها أولى وأيضا ان منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت جواز الفسخ عند عدم المنفعة المشتركة فثبوته عند عدم المختصة بها وهي النفقة أولى

وثانيا ـ القياس على المرقوق فانه يباع اذا عسر المالك بنفقته

(

واستدل الحنفية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول

. اما الكتاب فقوله تعالى « لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا الا ما اتاها » وقوله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » قالوا : واذا أعسر الرجل فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآيتين . فان الله لم يكلفه النفقة فى هذه الحالة وترك مالايجب لاأثم فيه . فلا يكون سببا للتفريق بينه وبين زوجه واستدلوا أيضا بقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظره الى ميسرة) قالوا . غاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص . وأما السنة فما روى مسلم فى صحيحه من حديث أبى الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما على رسول الله ﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا فقال أبو بكر يارسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله ﷺ وقال هن حولى كما ترى يسألننى النفقة . فقام أبو بكر رضي الله

عنه الى عائشة يجأ عنقها وقام عمر رضى الله عنه الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله ﷺ ماليس عنده. فقلن والله لانسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن رسول الله ﷺ شهرا وذكر الحديث. قالوا فهذا أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة الرسول ﷺ لما سألتاه نفقة لايجدها ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول ﷺ على ذلك فدل على أنه لاحق لهما فى طلب النفقة حال الاعسار واذا كان طلب النفقة فى هذه الحال باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ماليس لها طلبه ولايحل لها

واستدلوا أيضا بأن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر. وكان معسروهم أضعاف اضعاف موسريهم فما مكن النبى ﷺ امرأة قط من الفسخ باعسار زوجها ولاأعلمها أن الفسخ حق لها ولو كان من المستقر فى الشرع أن المرأة تملك الفسخ باعسار زوجها لرفع اليه ذلك ولو من امرأة واحدة فانهن قد رفعن اليه شكاتهن فيما هو دون ذلك وأندرمنه كما فى حديث امرأة رفاعة. وقد علمت ما كان من نساء النبى ﷺ — وهن خير النساء — من مطالبته بالانفاق واغضابه الخ

أما المعقول فمن وجوه أولا ان المقرر شرعا أن ارتكاب أهون الشرين وأخف الضررين اذا لم يكن مناص من ارتكاب أحدهما واجب ولاشك ان في الزام الفرقة والفسخ ابطال حق الزوج بالكلية وفى الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها وتأخير الحق أهون شأنا من الابطال فوجب المصير اليه عملا بذلك الأصل المقرر شرعا

وايضا فان في ابقاء النكاح مع الأعسار فوت المال الذى هو من التوابع

وفى الفسخ بسببه فوت التناسل والسكن الذى هو المقصود وفوت التابع لا يلحق بفوت المقصود

وقالوا : المال غاد ورائح وقد جعل الله عقدة النكاح ميثاقا غليظا فكيف يصح أن يوهن من شأنها بجعلها مرتبطة بقاء وزوالا بالغنى والفقر وهما مطيتان للعباد يفتقر الرجل حينا ويستغنى حينا فلو كان كل من افتقر فسخ نكاحه لعم البلاء وتفاقم الشر وفسخت انكحة اكثر العالم وكان الفراق بيد اكثر النساء فمن ذا الذى لم تصبه عسرة ويعوز النفقة احيانا فاثبات حق الفسخ بالأعسار خروج بهذه الصلة المتينة صلة السكن والمودة والرحمة عن وضعها وانحطاط بها الى درك الشروة المادية شرعها الله صلة روحية وهذا يجعلها صلة تجارية لا وفاء فيها ولا مروءة واذا كان مرض الزوجة مرضا يتعذر معه الأستمتاع لا يعفى الرجل من النفقة ولا يثبت له حق الفسخ فكيف يجوز ان يعاقب الزوج بالفراق على مالم تجن يداه ومن ذا الذى يستسيغ ان تضاعف الآلام على المتألم

واستدل ابن حزم على أنه ليس على المعسر نفقة زوجته لا حالا ولا مآلا بقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها) قال فصح يقينا أن ماليس فى وسعه ولا آتاه الله لم يكلفه اياه ومالم يكلفه اياه فهو غير واجب عليه . وكل مالم يجب عليه لا يجوز أن يقضى به عليه أبدا أيسر أم أعسر

واستدل على أن الزوجة الموسرة يجب عليها الأنفاق على زوجها المعسر بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال فالزوجة وارثة فعليها

النفقة بنص القرآن

وقال ابن القيم ان ماذهب اليه هو من التفصيل . هو الذى تقضى به أصول الشريعة وقواعدها

(*)

قيل لابن حزم ان الآيات التى توجب على الزوج النفقة لم تفرق بين اعسار وأيسار . وليس ايجابها على المعسر على أن يكون الأداء فى حالة اليسر تكليف ماليس فى الوسع حتى تتناوله الآيتان والأعسار لايمنع من تعلق الدين بذمة المدين ابتداء ولا بقاء بل يوجب الأعسار الأنظار إلى الميسرة . فكذلك النفقة لايمنع من وجوبها الأعسار

وأما التمسك بآية البقرة فى ايجاب النفقة على الزوجة الموسرة فلاوجه له . لأن الآية ليس فيها تعرض لغير نفقة الوالدات فان الله يقول وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا ضمير الزوجات بلا مراء ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك فجعل سبحانه على وارث المولود له أو وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ماعلى المولود له فأين فى الاية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها على ماذهب اليه

وقيل للجمهور فى الآيتين إنه ليس فيهما دلالة على محل النزاع لأن المضارة والعدوان مايكون للشخص فيهما فعل واختيار وليس الأعسار منافيا للامساك بمعروف وليس مجرد الأمساك معه مضارة ولا عدوانا لأنه لا يد له فيه فالمقصود من الآيتين احسان العشرة فيما يدخل تحت قدرة العبد واختياره وسبب النزول يعين على فهم الآية فانهم فى الجاهلية كانوا يطلقون حتي اذ قاربت عدتها أن

تنقضي أمسكوها ضرارا . وحقا ان العبرة بعموم اللفظ لكن العموم لما يتناوله اللفظ ويدل عليه وهو ما كان مثل السبب

وقيل لهم فى الحديث الأول ان الصحيح أن قوله (تقول امرأتك أطعمني وإلا فارقني) ليس من كلام الرسول ﷺ وانما هو من كلام أبي هريرة اذ صرح بأنه من كيسه ففي البخاري بعد ان ساق الحديث قالوا ياابا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ قال لا هذا من كيس ابى هريرة على انه ليس فى الحديث دلالة على المطلوب لأنه يقرر حق الزوجة فى النفقة لمن يجدها ويحكي ما تنطق به حال المرأة تجد زوجها ينفق المال ويمنعها حقها. قال الكمال : ثم ليس فى قول ابى هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر والموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس علي أحد الأمرين عينا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبى ﷺ على مارواه الدار قطنى كان معناه الارشاد إلى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغى أن تبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا اه

وأما حديثه الثانى فقد أعله أبو حاتم وقال ابن القيم فيه إنه حديث منكر لا يحتمل ان يكون عن النبي ﷺ أصلا وأحسن احواله أن يكون عن ابى هريرة رضى الله عنه موقوفا يدل على ذلك ان اباهريرة لم يستجز أن ينسب إلى الرسول ﷺ (اطعمنى والا طلقنى) ويقول هذا من كيس ابى هريرة فلو ان التفريق ثابت عنه ﷺ مسموع لابى هريرة لم يكن هذا من كيسه وأما فتوى سعيد بن المسيب وقوله بعد ذلك ان هذا الحكم

سنة فلا يدل على انه سنته ﷺ فقد ثبت أن كثيرا من الفتاوى التى اطلقوا عليها سنة لم تكن مسندة اليه ﷺ بل كانت قولا لبعض الصحابة المشهورين بالعلم والفتوى ومرادهم بذلك ان الحكم بهذه الصورة سنة المتقدمين وطريقتهم ومثال ذلك حديث دية الأصابع قال الطحاوى لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فيكون قول سعيد سنة اعتمادا على مارواه ابو هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روى عن سعيد كما ذكر ابن حزم وابن عبد البر عدم التفريق بالاعسار فاضطرب المروى عنه فبطل الاحتجاج به

وقيل لهم فى القياس على الجب والعنة : قياس مع الفارق لأن حق المسيس لا يصير دينا عليه بخلاف النفقة فانها تكون دينا عليه ولأن الجب والعنة وما اليها عيوب لا يرجى زوالها بخلاف الاعسار ولأن المال فى النكاح تابع والاستمتاع والتناسل مقصود اصالة

أما القياس على المملوك فقياس مع الفارق . لأنه حين يجبر على بيعه يفوت ملكه إلي بدل وهو الثمن . فاذا عجز كان النظر للطرفين فى الزام بيعه إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامة للسيد بخلاف الزام الفرقة لأنه إبطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على أنها لو كانت أم ولد لم يعتقها القاضى عليه

وقيل للحنفية فى الآيتين انه لا يلزم من عدم تكليف المعسر بالانفاق عدم جواز الفراق فان التفريق ليس الا لدفع الضرر عن المرأة وتخليصا لها من حباله حتى تكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر

وقيل لهم فى الحديث الاول ان زجرهما عن المطالبة بما ليس عنده لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ولم يروأنهن طابنه ولم يجبن

اليه كيف وقد خيرهن رسول الله ﷺ بعد ذلك فاخترنه وليس محل النزاع جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده وعدمه بل محله هل يجوز الفسخ عند تعذر الانفاق أم لا وأيضا فان أزواج النبي ﷺ لم يعدمن النفقة بالكلية لأن النبي ﷺ قد استعاذ من الفقر المدقع ولعل ذلك فيما زاد على مابه قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في مثله وهذا هو الجواب عن الاحتجاج بما كان عليه الصحابة من ضيق

ولعلك بموازنة هذه الأدلة ترى أن أعدل المذاهب وأقربها الى روح التشريع العام خصوصا فى باب الزواج هو مذهب ابن القيم ويليه مذهب الحنفية لأن الواجب تنبيه الزوجات الى خلق الوفاء والمعاونة في الضراء وقد كفل الله للزوجين الغنى وحببهما فى الزوجية وبقائها بقوله (أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) وقد علمت أن مذهب الحنفية رفع يده عنها فى تلك الحالة لتكتسب فلا يتوقف اكتسابها بالطرق المشروعة على تطليقها وحل عقدة الزواج السامية

وقد ظلت محاكمنا الشرعية تعمل فى هذا الباب بمقتضى مذهب أبى حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد جاء فى المادة الرابعة منه مانصه

اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال وان ادعى العجز فان لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبته أمهله مدة لاتزيد عن شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك

ولا يزال العمل بهذا جاريا فى المحاكم الى يومنا هذا والله يوفق رجال الاصلاح إلى مافيه حفظ الخلق والكرامة

الطلاق بالضرر أو الغيبة أو العيب

لاشك أن التطليق للغيبة أو العيب لم يكن إلا لتضرر أحد الزوجين لكن لما جرى الخلاف فى كل منهما على نحو خاص أفرد بالبحث وصار المراد من الضرر مالم يكن بسبب الغيبة ولا العيب وهو وان كثرت أفراده ينحصر فى نوعين ايجابى وسلبى أما الايجابى فهو مايصدر عن الزوج من قول اوفعل يوجب تأذى الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بينهما وأما السلبى فهو هجرها ومنها ماتدعو اليه الناحية الجنسية واليك ماجاء فى الموضعين

وصى الشارع الرجال بالنساء خيرا وأمر بالاحسان اليهن (وعاشروهن بالمعروف) (فامساك بمعروف اوتسريح باحسان) ولم يجعل الله للزوج على زوجته سبيلا مادامت له مطيعة الا ان يخشى منها نشوزا فعند ذلك خوله سلطة التأديب فى حدود ماأمر الله (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا)

فان تجاوز الحد المشروع وآذاها بلا سبب فهل لها أن تطلب التفريق اختلف العلماء فى ذلك — فذهب أبو حنيفة والشافعى وأحمد الى أنه ليس لها هذا الحق بل يزجره الحاكم ويمنعه من ظلمها ولو بالحيلولة بينهما حتى يرجع عن ظلمه

وذهب المالكية إلى أنه يثبت لها الخيار بين الاقامة معه - ويتولى الحاكم زجره عن التعدى - وبين طلب التفريق فان لم يطلق طلق عليه القاضى . قالوا ومن الضرر ضربها ضرباً مؤلماً وسبها وسب أبيها . وهجرها بلا موجب شرعى وقطع كلامه معها وتحويل وجهه عنها . والأصل الذى يرجع اليه فى تقدير الضرر هو العرف والبيئة التى يعيش فيها الزوجان .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بأن العصمة ملك الرجل . وإيقاع الطلاق خالص حقه فلا يملك الحاكم إيقاعه بغير رضاه فى غير المواضع المنصوص عليها .

والعدوان لا يقتضى التفريق لأن رفع الظلم ممكن من طريق الحاكم . واستدل المالكية بقوله تعالى : فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . وقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار . وبالقياس على العيوب التى يثبت بها الخيار

* * *

هذا وقد أجمع العلماء على أنه إذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق بينهما بعث القاضى حكمين كما نصت الآية (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) . ولكنهم اختلفوا فى مدى سلطة الحكمين هل هى مستمدة من القاضى فيكونان حاكمين فيملكان التطليق . أو من الزوجين فيكونان وكيلين ولا يملكان التطليق إلا برضا من بيده الطلاق . إلى الأول ذهب المالكية . وإلى الثانى ذهب الأئمة الثلاثة . ومن أراد هذه الخلافية فليرجع إليها فى كتب الأئمة .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الامام مالك رحمه الله

راجع المواد ٦ — ١١ منه

* * *

إذا لم يستطع الزوج أن يؤدى وظيفته الجنسية فهو عنين وسيأتى الكلام عليه فى التفريق بالعيب . وإذا حلف على عدم القربان فهو مول وأحكامه مبينة فى باب الايلاء من كتب الفقه . أما إذا لم يقربها بلا عذر فهل يفرق بينهما من أجل ذلك

اختلف الأئمة فيه .

فذهب الحنفية والشافعية الى أنه لا يفرق بينهما وهو قول للمالكية وظاهر قول الحنابلة كما قال ابن قدامة وذهب المالكية الى أنه يطلق عليه ان قصد الاضرار بعد ان يضرب له أجل الايلاء . ومنهم من يرى التفريق حالا بلا ضرب أجل . وآخرون منهم يرون التفريق إن تضررت الزوجة وان لم يقصد الزوج الاضرار

وذهب الحنابلة فى قول آخر الى التفريق بتركه قربانها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضرراً . وفي قول إن قصد الاضرار فرق والا فلا . وفى قول يفرق ان ترك عجزاً ويعامل معاملة العنين وإن كان هناك عذر لم يتحقق معه العجز عنه لا يفرق .

احتج من قال بعدم التفريق . بأن الايلاء استوجب التفريق لاشتماله على أمرين اليمين وترك الوطء فلو كان مجرد الترك كافياً فى اقتضاء التفريق لم يكن للايلاء أثر مع أنه لاخلاف فى اعتباره

استدل من ذهب الى التفريق . بقوله ﷺ لاضرر ولا ضرار . وبأن الوطء حقها وقد فوته عليها فيفسخ قياساً على النفقة قالوا وقد فات الامساك

بالمعروف فينوب القاضي منابه فى التسريح باحسان . وقد كتب عمر رضى الله عنه لقوم بخراسان تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم اليهم أو يطلقوا .

ولعل من يشترط قصد الاضرار يرى أن التطليق جبراً عليه عقوبة له والعقوبة لاتكون الا عن قصد الجناية . ولا يقال ان التفريق فى الايلاء منوط بالترك مع اليمين وان لم يقصد ضرراً لأن اليمين قرينة على قصد الاضرار فيعامل بمقتضاها .

واذا نظرت الى الحكمة التى لأجلها شرع الزواج وهى صيانة الأعراض وسد باب الشر والفساد علمت أن المذهب القائل بالتفريق عند تعذر المقام بالاحسان قصد الزوج الاضرار أو لم يقصد مما يتفق ومقاصد الشريعة فى هذا الباب عملا بقواعد درء المفاسد وإزالة الضرر .

الطلاق للغيبة

الكلام هنا فى غائب موسر غير مفقود . أما حكم المفقود فسيأتى . وأما التفريق للاعسار فقد تقدم . والكلام هنا فى هذه المسألة فرع الكلام في ترك القربان .

فالحنفية والشافعية على أنه لا يطلق على الزوج لغيبته وان طالت أو جهلت .

وذهب المالكية الى أنه يطلق عليه ان طالت غيبته . وقدر ذلك بسنة فى قول وبثلاث سنين في آخر قالوا واذا كانت تبلغه المكاتبة أعذر في ذلك والا طلق عليه بلا اعذار . ومنهم من يطلق على الغائب وان كان معذوراً

نظراً لحصول الضرر وان لم يقصد الاضرار كسجين وأسير وذهب الحنابلة الي أنه اذا كانت الغيبة لعذر لم يفرق والا فرق

وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على التطليق للغيبة والحبس فقد جاء فيه

مادة ١٢ — اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر جاز لزوجته أن تطلب الى القاضى تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه

مادة ١٣ — ان أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر اليه بأن يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها أو يطلقها فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة . وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها عليه بلا اعذار وضرب أجل

مادة ١٤ لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب الى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الطلاق بالعيب

اتفق العلماء على أنه اذا علم أحد الزوجين بصاحبه عيبا قبل العقد أو علم به بعد العقد ووجد منه مايدل على رضاه به صراحة أو دلالة لا يثبت له حق طلب الفسخ بذلك العيب أياً كان

واتفقوا أيضا على أن العيب في الجملة يثبت به خيار الفرقة واختلفوا بعد ذلك

فى العيوب التى يثبت بها حق طلب التفريق . وفى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين أو للزوجة فقط . وفى ثبوت هذا الحق لمن به عيب مماثل لما بالآخر أو مخالف . وفى العيب الطارىء بعد العقد هل يثبت به التفريق أم لا وإليك البيان

ذهب الأحناف إلى أن الزوجة لا ترد بالعيوب أياً كانت ولا يرد الزوج بعيب إلا الجب والعنة القديمين عند أبى حنيفة وأبى يوسف وزاد محمد الجنون والبرص والجذام فأثبت للزوجة بهذه العيوب الخمسة حق طلب التفريق .

وذهب الشافعية والمالكية الى أن الخيار يثبت لكل من الزوجين بعيوب مشتركة بينهما وهى الجنون والجذام والبرص . ويثبت للزوج حق الفسخ اذا وجد امرأته رتقاء ويثبت لها حق الفسخ إن وجدته مجبوباً أو عنينا .

ولهم فى أحد الزوجين يجد صاحبه خنثي قولان

وقالوا إذا حدث العيب بعد العقد يثبت به الخيار إن كان بالزوج وان كان بالزوجة فقولان .

وفيمن به عيب مماثل لما بالآخر وجهان .

وذهب الحنابلة الى أن العيوب المجوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان . الجنون والجذام والبرص واثنان مختصان بالرجل وهما الجب والعنة . وثلاثة تختص بالمرأة وهى الفتق والقرن والعفل . وزاد بعضهم عيوبا مثل الباسور والناسور وعدم استمساك البول والنجو . والخصاء والبخر

وقالوا إذا كان بأحد الزوجين عيب ليس من جنس العيب الذى بصاحبه كالأبرص يجد المرأة مجنونة فكل واحد منهما بالخيار وان كان من

جنسه فوجهان أحدهما يثبت الخيار والثانى لا يثبت وهو قول المالكية .

ويحتاج الفسخ فى كل ماذكر إلى حكم الحاكم .

ورجح ابن القيم أن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية فى البيع . وهو قول لبعض الشافعية وقال داود وابن حزم لا يفسخ النكاح بعيب البتة

قال ابن القيم والقول بأن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية فى البيع هو القياس أو قول ابن حزم ومن وافقه وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له . فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين او أحدهما او كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش . وهو مناف للدين . والاطلاق إنما ينصرف الى السلامة فهو كالمشروط عرفا . قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرتها انك عقيم ؟ قال لا . قال : اخبرها أنك عقيم وخيرها . فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا عندها كمال بلا نقص . والقياس ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع . وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبونا بما غر به وغبن . ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة اه

والخلاصة . أن الحنفية لايثبتون حق الفسخ للزوج بعيب فى الزوجة ويجعلون حق الفسخ بيد الزوجة ان وجدت زوجها مجبوبا أو عنينا . وزاد

محمد الجنون والجذام والبرص

وأن الأئمة الثلاثة يجعلون الفسخ حقاً لكل من الزوجين إلا أن بعضهم يزيد فى العيوب التى تثبت الفسخ وبعضهم ينقص

وأن ابن حزم لا يرى الفسخ بأى عيب .

وأن ابن القيم يرى الفسخ بكل عيب لا يحصل معه مقصود النكاح من السكن والمودة والرحمة

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بالنص فى البعض والقياس فى البعض الآخر

أما النص فما روى أن النبى ﷺ قال للتى رآى بكشحها بياضا ألحق بأهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون . بجامع أن كلا ينفر منه الطبع - وقد قال النبى ﷺ . فر من المجذوم . وهو نص فى اعتبار الجذام سببا للفرار وهو بالفسخ .

وقالوا بقياس النكاح على البيع . عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقاسوا هذه العيوب على الجب والعنة . بجامع المانع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح فى حق كل منهما .

وفى الموطأ عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها المهر بما أصاب منها وصداق الرجل على من غره

وروى ابن سيرين أن عمر بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما . فقال له عمر : أعلمتها انك عقيم قال لا قال فانطلق فأعلمها ثم خيرها .

وأجل مجنونا سنة فان أفاق وإلا فرق بينه وبين امرأته .

وروى عن عمر لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة . الجنون والجذام

والبرص والداء فى الفرج

وروى عن شريح أن رجلا جاءه فقال ان ناساً قالوا لى نزوجك أحسن الناس فجاءونى بامرأة عمياء . فقال ان كان دلس عليك بعيب لم يجز

وابن القيم يرى ان التنصيص على بعض العيوب من باب التنبيه بالمثل ولا يقصد الاقتصار على ماذكر .

واستدل الحنفية على أنه لا خيار للزوج بعيب فى المرأة . بأن فوات الاستيفاء بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر فأولى اذا لم يفت بل اختل . ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما .

وقالوا ان الاستيفاء من ثمرات العقد وفوت الثمرة لا يؤثر فى العقد . والمستحق هو التمكن والتمكن حاصل مع هذه العيوب .

والفرار فى حديث المجذوم كما يتحقق بالفسخ يتحقق بالطلاق فليحمل عليه لأنه الأصل وقول النبي ﷺ للتى تزوجها : ألحق بأهلك طلاق لأنه من كناياته ولا حجة فى قول أحد غير النبي ﷺ . ويحمل ماروي عن عمر على أن هذا عذر يبيح لها أن تسأل زوجها الطلاق .

والزوج إن تضرر بهذه العيوب فهو متمكن من دفع الضرر عنه بالطلاق .

واستدل محمد بقياس العيوب الثلاثة على الجب والعنة .

ونوقش من قاس على الجب والعنة غيرهما . بأنه قياس مع الفارق . لأن الجب والعنة يفوت بهما المقصود من النكاح وهو التوالد وليس سائر العيوب بهذه المثابة للتمكن معها من المقصود .

ونوقش القياس على البيع بأنه كذلك قياس مع الفارق لأن البيع مما تجري فيه المشاحة والمقصود فيه المالية والعيب مفوت لها أما النكاح فالمقصود

فيه الاستمتاع والتوالد وهما لا يفوتان بالعيب . وإن كانت بعض العيوب تحدث نفرة طبيعية وهذا لا يوجب بمجرده الفسخ اتفاقاً كما فى البخر

هذا والناظر فى هذه المسألة يجد أن خلاف العلماء فى موضعين

الأول هل للزوج الخيار . الثانى فى عدد العيوب التى يثبت للزوجة بها حق طلب الفسخ

أما الأول فالمتجه فيه رأى من لا يجعل للزوج حق الفسخ لأنه بسبيل من الفراق بما جعله الله فى يده من الطلاق .

أما الثانى فان من لا يفرق بين عيب وآخر عول على أن المقصود من النكاح ليس هو خصوص التوالد بل ما يشمله ويشمل غيره من المساكنة والمودة والمؤانسة فكل ما يخل بشىء من هذا المقصود فهو مفوت للامساك بالاحسان ومبيح لطلب الفسخ دفعاً للضرر . وعول من قصر العيب على الجب والعنة على أن المقصود من النكاح التوالد فلم يثبت حق الخيار إلا بهما لأنهما هما اللذان يفوتانه .

وبمقارنة هاتين الوجهتين وتتبع نصوص الشريعة فى المقصود من الزواج تعلم أن ليس المقصود هو خصوص التوالد وإلا لما أباح الله زواج العقيم والآيسة.

تعليق الطلاق على شرط

التعليق خلاف التنجيز . وعرفوه بقولهم : ربط حصول مضمون جملة (وهى التى تسمى جزاء) بحصول مضمون جملة أخرى (وهى التى تسمى شرطا)

(وتعليق الطلاق على شرط) جعل صيغة الطلاق جزاء . وفعله أو فعلها أو غيرهما شرطاً . ويقع ذلك على وجوه كثيرة تتنوع بحسبها الأحكام وفاقاً وخلافاً

فان التعليق قد يكون حال قيام الزوجية وقد يكون حين عدمها (كأن تزوجتك فأنت طالق) وفى الحالة الأولى قد يكون تعليقا على ما لا سبيل الى العلم به (كأنت طالق إن شاء الله) وقد يكون تعليقا على مشيئته هو أو مشيئتها هي . وقد يكون تعليقا على كائن لا محالة . وقد يكون تعليقا على فعله هو أو فعلها او فعل غيرهما وفى هذا الأخير إما أن يكون القصد منه ما يقصد من القسم من الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (ويسمى التعليق القسمى) أو يكون القصد منه إلى إيقاع الطلاق عند حصول الشرط (ويسمى التعليق الشرطى)

والكلام فى مباحث هذه الأقسام وتفصيل أحكامها فى المذاهب طويل الذيل متشعب النواحي والأطراف يخرج بنا استقصاؤه عن القصد فلنقصر بحثنا فى هذا الموضوع على مسألتين الأولى تعليق الطلاق على النكاح . الثانية حكم التعليق فى الملك من حيث اعتباره مطلقا أو إلغاؤه مطلقا أو اعتباره فى حال دون حال

تعليق الطلاق على الملك

أجمع العلماء على أنه إذا نجز الطلاق فى الأجنبية كان لغواً وأما التعليق نحو ان يقول إن تزوجت فلانة فهى طالق فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فذهب الشافعى وأحمد وداود وجماعة انه لا يقع مطلقا عمم المعلق أو خصص . وذهب أبو حنيفة وأصحابه والمؤيد بالله فى أحد قوليه وجماعة إلى صحة التعليق ووقوع الطلاق عند حصول الشرط مطلقا . وذهب مالك فى المشهور عنه وربيعة والثورى والليث والأوزاعي وابن أبى ليلى إلى التفصيل وهو انه إن

جاء بحاصر مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو بلد كذا فهي طالق صح التعليق ووقع الطلاق عند الزواج وإن عمم لم يصح

الأدلة

استدل الشافعي ومن معه أولا . بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن . وثانيا بما رواه مسور ابن مخرمة ان النبي ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك : رواه ابن ماجه

وثالثا . بأنه عليه السلام سئل عن رجل . قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا . قال طلق ما لا يملك . وماروى عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لى اعمل لى عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لى أن أتزوجها فاتيت رسول الله ﷺ فقال لى تزوجها فانه لا طلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لى سعداً وسعيداً . وبلغ ابن عباس أن ابن جريج يقول ان طلق مالم ينكح فهو جائز فقال ابن عباس أخطأ فى هذا فان الله يقول اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ولم يقل اذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن

وأما المعقول فهو أن التعليق طلاق والطلاق حل القيد وابطال الملك . ولا قيد ولا ملك فى الاجنبية حتى يصح حله وأبطاله فكان لغواً . أما أن التعليق طلاق فلأن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواه فلو لم يكن التعليق تطليقاً لم يقع الطلاق عند الشرط فانه لا تطليق

بالحقيقة عند الشرط وبقاء الكلام السابق إلى وقت الشرط محال لأنه عرض سيال لا بقاء له فلم يبق إلا أنه تطليق لم يستتبع حكمه للمانع وهو عدم الشرط .

وثانياً : أن النكاح مشروع لاثبات الملك والطلاق لابطاله فلو صح تعليقه بالنكاح لكان أبطالا لمقتضى النكاح وتغييراً للمشروع حيث جعل ماهو سبب الوصله سببا للفرقة

وثالثا : أن هذا التعلق إنشاء تصرف فى محل فى حال لاولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبى وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك

واستدل الحنفية أولا بالاجماع على صحة تعليق الظهار بالملك والطلاق مثله لأنه لا قائل بالفصل بينهما

فقد جاء فى الموطأ أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم أن رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمر عمر ان هو تزوجها ألا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا

وثانيا : بالآثار فقد أخرج ابن أبى شيبة عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبى والنخعى والزهرى والأسود وأبى بكر بن عمرو بن حزم وابى بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامى فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق او يوم اتزوجها فهى طالق او كل امراة اتزوجها فهى طالق . قالوا هو كما قال . وفى لفظ يجوز ذلك عليه وهؤلاء أئمة الفقه وأعلامه

وثالثا : أنه تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء فانه لوقال لأمته ان ولدت ولدا فهو حر عتق ماتلد مع عدم قيام ملك الولد قبل الولادة ومن هنا يظهر أن تعليق الطلاق ليس طلاقا ولا تعليق العتق عتقا حتى يشترط له سبق الملك بل التعليق تصرف هو يمين يقصد به أولا وبالذات البراعى منع نفسه من تزوجها فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع فلايشترط لصحته إلا أهلية الحالف للالتزام وهوأهل. وبذلك ظهر انه تصرف صادر من أهله فى محله ولا مانع فيصح ولا يلغو . ويؤيد أن التعليق ليس طلاقا أن أهل العرف واللغة لايفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع فانه لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لايحنث إجماعا

أما المالكية فاستدلوا على ماذهبوا اليه من التفصيل بالاستحسان وبناء الحكم على المصلحة قالوا إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا وحرجا فكانه نذر المعصية وقد عرف من الشرع إذا ضاق الأمر اتسع . اما اذا خص فهو بسبيل من زواج غير من خصه بالتعليق فلا موجب لالغاء كلامه

قيل للشافعية فى استدلالهم بالاحاديث. انها كلها ضعيفة لاسيما الحديثان الأخيران فانه لاشك فى ضعفهما فقد قال صاحب تنقيح التحقيق أنهما باطلان ففى الأول أبو خالد الواسطى وهو وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب . وفى الأخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره . وقد ضعف احمد وابن العربى جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل فى الصحة ولذلك لم يعمل بها مالك وربيعة والاوزاعى . ولئن سلمنا صحة ماعدا الاخيرين فانه محمول على نفى التنجيز

لأنه هو الطلاق اما المعلق فليس طلاقا بل له عرضية أن يصير طلاقا عند الشرط . ولا يمنع من حمله على التنجيز أن نفى التنجيز قبل الملك لايحتاج إلى بيان اذ هو ظاهر يعرفه كل أحد لأنه انما صار ظاهراً بعد اشتهار حكم الشرع فيه لاقبله فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزاً ويعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفي ذلك ﷺ فى الشرع بهذه الاحاديث وغيرها . والحمل على التنجيز مأثور عن السلف . فقد روى عبد الرازق فى مصنفه عن معمر عن الزهرى . أنه قال إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر

وقيل لهم فى المعقول لانسلم أن التعليق طلاق فان التعليق يمنع السبب من الانعقاد ولا نعنى بالطلاق لفظه إذ لاشك فى صدوره منه انما المراد به ما جعله الشارع سببا لثبوت احكامه من العدة وغيرها وليس هو كذلك فى في الحال وانما هو التزام يمين يقصد بها اولا البر الا انه لما كان الحنث احد الجائزين و بتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية . وقيام ملك النكاح لزم لصحة كلامه فى الحال ظهور قيام ملكه عند الانعقاد ، وقد رأينا الشرع صححه مكتفيا بالظهور فيما إذا قال للمنكوحة ان دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن الملك فى محل النزاع أولي وأحرى : والفرق جلى بين البيع بشرط الخيار وبين تعليق الطلاق .

وأما قولهم ان النكاح شرع لا نتظام المصالح فلا يملك جعله سبباً لانقطاعها فمنقوض بالعتق حيث صح تعليقه بالملك مع كونه مبطلا له وضد مقتضاه . ولا يقال العتق مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب

أما الطلاق فمحظور شرع للحاجه عند تباين الأخلاق . لايقال ذلك لان الحاجة التى شرع الطلاق عندها كما تتحقق بعد الدخول تتحقق قبله فقد تدعوه نفسه إلى تزوج من يعلم فساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجتها وغلبتها عليه فيقطع طماعيتها ويؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مواقع الضرر فجاز أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه

وأما قولهم : إن التعليق إنشاء تصرف فى محل فى حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك . فممنوع والقياس مع الفارق لأنا قد بينا أن التعليق ليس انشاء طلاق وانما هو التزام يمين فيصح من أهل اليمين ومن هنا لم يصح من الصبي لعدم اهليته لا لعدم الملك . وأما الاجنبى فلم يصح تعليقه لأنه لم يضف الى الملك والشرع انما صحح التعليق فى المنكوحة لظهور قيام الملك باستصحاب الحال فرأينا أن التعليق بالملك احرى بالصحة لتيقن قيامه اما التعليق من الاجنبى فلم يظهر معه الملك ولم يتيقن فيكون لغواً . وتوضيحه ان الشرع صحح التعليق فى المنكوحة لوجود معنى اليمين فيه اما فى الأجنبية فكيف يصح وهو لا يمكن جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لا خافته لأنه لم يصدر مخيفاً لعدم ظهور الجزاء عند الفعل وذلك لعدم ظهور ثبوت المحلية عند الشرط .

الموضع الثانى حكم التعليق

اتفق الأئمه الاربعة على أنه اذا علق الطلاق فى الملك تعليقاً مستوفياً

شرائطه (على خلاف فيها) كان تعليقه معتبراً سواء أكان التعليق قسميا أم شرطيا والى ذلك ذهب عامه أهل العلم

وذهب أبو محمد بن حزم واحمد بن يحيي بن عبد العزيز من أصحاب الشافعى الى أن التعليق لا يصح بل كله لغو

وذهب ابن تيميه الى أن التعليق اذا كان قسميا يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فان الطلاق لايقع ويجزيه فيه كفارة يمين ان حنث وان كان التعليق شرطيا يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فان الطلاق يقع . وتابعه على هذا التفصيل تلميذه ابن القيم الا أنه لايرى على الحالف كفارة ولا غيرها فى التعليق القسمى

الادلة

احتج الأئمة الاربعة بالكتاب والسنة والمعقول

أما الكتاب : فأولا اطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق كقوله (الطلاق مرتان) فهى لم تفرق بين منجز ومعلق والمطلق حجة مالم يقم دليل صحيح على تقييده وذلك مالم يعرف . وثانيا قوله تعالي (يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) فان العقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام كما بينا . أما السنة فقوله ﷺ المسلمون عند شروطهم .

وفى صحيح البخارى عن نافع قال طلق رجل امرأته البتة ان خرجت فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت منه وان لم تخرج فليس بشىء .

وروى الثورى عن ابن مسعود فى رجل قال لامرأته ان فعلت كذا وكذا فهى طالق ففعلته قال هي واحدة وهو أحق بها .

وما روى أن أباذر قال لامرأته لما ألحت عليه فى السؤال عن ليلة القدر إن عدت فسألتنى فأنت طالق

وروى البيهق وغيره عن ابن عباس فى رجل قال لامرأته هى طالق إلى سنة قال يستمتع بها الى سنة

أما المعقـول . فقالوا : أولا ان الملك موجود فى الحال فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجـود الشرط فيحصل ماهو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين

وثانياً . قياس تعليق الطلاق القسمى على تعليق الطلاق على مال والثانى صحيح اتفاقا

وثالثاً : القياس على المداينة إلى أجل والعتق الى أجل.

أما القائلون بأن التعليق كله لغو يمينا كان أو غير يمين فقد استدلوا بما يأتى

روى ابن حزم وابن القيم عن على وشريح وطاووس أنهم كانوا يقولون الحلف بالطلاق ليس بشىء وانه لا يعرف لعلى كرم الله وجهه مخالف

وقالوا لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها وفى غير المدخول بها وليس هـذا فيما علمنا الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه

وقالوا كل طلاق لا يقع حين ايقاعه . من المحال أن يقع بعد ذلك فى حين لم يوقعه فيه

وقالوا . لا يمين الا ماسماه الله يمينا وقد جعل الله للايمان كفارة عند الحنث وقد أجمعتم على ان اليمين بالطلاق لا كفارة فيه عند الحنث فدل ذلك يقيناً على أنه ليس شيء من ذلك يميناً

وقالوا بقياس الطلاق على النكاح والنكاح لا يصح تعليقه فكذا الطلاق واستدل القائلون بالتفصيل بما يأتى

أولا روى من طرق متعددة أن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس افتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما قالت كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدي وهي يهودية وهى نصرانية إن لم يطلق مولاها أبو رافع امرأته أو يفرق بينه وبينها . فاذا صح هذا عن الصحابة ولم يعلم لهم مخالف فى الحلف بالعتق ولم يلزموها به فألا يلزموه بالطلاق البغيض أحرى وأولى قال ابن القيم صح عن على وشريح وطاوس أنهم كانوا لا يقضون بالحنث على من حلف بالطلاق ولا يعرف لعلى فى ذلك مخالف من الصحابة

واستدلوا أيضا بما رواه البخاري من قول ابن عباس رضى الله عنه : الطلاق عن وطر والعتق ما ابتغى به وجه الله . قالوا انه بين بذلك أن الطلاق انما يقع ممن غرضه إيقاعه لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره

واستدلوا أيضا بأن اليمين بالطلاق ان كانت يمينا شرعية كانت داخلة فى أحكام الآيات والأحاديث الشريفة الواردة فى الايمان ووجب أن تعطى أحكام الايمان وان لم تكن يمينا شرعية كانت لغواً

قيل لابن حزم ومن وافقه . تمسككم بما روى عن على لا يصح إلا اذا لم يعلم له مخالف من الصحابة وفيما روينا من الآثار الصحيحة عنهم ما

ينفى ذلك ومع ذلك فالمروى عن على كرم الله وجهه ولا يعرف عنه غيره أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذه أهل امرأته فجعلها طالقا ان لم يبعث نفقتها الى شهر فجاء الأجل ولم يبعث بشيء . فلما قدم خاصموه الى على فقال اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه . وهذا صريح فى أن علة الرد هى الاضطهاد فاعتبره مكرها فلا حجة فى هذا . أما ماروى عن شريح فهو أنه خوصم اليه فى رجل طلق امرأته ان أحدث فى الاسلام حدثا فاكترى بغلا الى حمام أعين فتعدي به الى أصبهان فباعه واشترى بثمنه خمراً فقال شريح ان شئتم شهدتم عليه بأنه طلقها فجعلوا يرددون عليه القصة ويردد عليهم فلم يره حدثا والرواية صريحة فى أنه لم ير المعلق عليه وقع . وأما طاوس فقد روى عنه ابنه أنه كان يقول الحلف بالطلاق ليس شيئاً قلت أكان يراه يميناً قال لا أدرى فهـذا ابنه لم يعرف رأيه مع أن قوله ليس شيئاً يحتمل أنه ليس شيئاً مستقيما فى السنة بمعنى لا ينبغي ان يحصل

وقولهم لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك ممنوع بل اعلمنا الله وقوعه كما تدل على ذلك الاطلاقات وقد فهم أصحاب رسول الله ﷺ ذلك فمله من فعله منهم وافتى بصحته من أفتى وهم أفهم لكلام الله واحرص على التزام حدوده وكذلك فهمه التابعون ومن بعدهم فان لم يكن اجماعا فليس ببعيد منه

وأما قولهم من المحال أن يقع الطلاق فى حين لم يوقعه فيه فمغالطة لأن المعلق ليس موقعاً للطلاق حين التلفظ وانما أتى به على وجه يقع به عند تحقق الشرط

وأما قياسهم الطلاق على النكاح فقياس مع الفارق لأن تعليق النكاح مناقض للعقد ومناف للمقصود منه أما الطلاق فانه لا ينافيه

* * *

وقيل لابن تيمية في أثر ليلي بنت العجماء ان الآثار المروية عن الصحابة فى الاعتداد بالتعليق أقوي من هذا لأن رواتها من رجال الصحيح وليلى قد علقت (بأن) وهي تقتضي أن الحنث (عند عدم نية حد معين) انما يكون عند اليأس من وقوع الشرط وذلك لا يتحقق إلا بموت أحد الزوجين وما داما حيين لا يتحقق شيء من ذلك . وإذا لم تحنث فبأى شيء تجب الكفارة فيكون الفتيا بذلك مخالفة لما وقع عليه الاجماع من أن الكفارة لا تجب الا بالحنث على أن الأثر صريح فى أنه تعليق نذر بما لا يراد حصوله فلا يكون المنذور مراداً فتجزي فيه الكفارة وهذا مذهب الشافعى واحمد والمحققين من الحنفية . وهذا شيء وتعليق الطلاق شيء آخر فان النذر ورد فيه أن كفارته كفارة اليمين ولم يجيء مثل ذلك فيما لا يصح نذره كالطلاق

وقيل لهم فى التمسك بأثر على وشريح وطاوس ما سمعت

وقيل لهم فيما رواه البخارى عن ابن عباس ، لم يقل أحد من أهل اللغة والشرع ان معنى الوطر ما ذكرتم بل العمدة فى تفسيره أن معناه لا ينبغى للرجل أن يطلق امرأته الا عند الحاجة كالنشوز

وأما قولهم الحلف بالطلاق ان كان يميناً فحكمه حكم الايمان الشرعية والا كان لغواً فيقال فيه ان اليمين اذا اطلقت فى لسان الشرع لا يفهم منها الا اليمين بالله هذا هو المعروف دون غيره فى عصر الرسول فكل ما جاء فى

القرآن أو السنة من لفظ اليمين لا يحمل الا على هذا المعنى لأنه هو الذى يعرفه المخاطبون حينذاك ويلحق بها النذر لحديث مسلم وهذا لا يمنع حدوث اصطلاح بعد ذلك وعرف يقضى باطلاق لفظ اليمين على الحلف بالله وعلى التعليق

هذا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ بما ذهب اليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فنصت المادة الثانية منه على أنه لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير

نفقة المبتوتة

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعى لها النفقة والسكنى وكذلك الحامل البائن . واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على مذاهب فذهب الحنفية الى أن لها السكنى والنفقة معا وهو مذهب عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والثورى وآخرين . وذهب احمد الى أنه لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول داود وأبى ثور وجماعة . وذهب مالك والشافعى إلى أن لها السكنى ولا نفقة لها . وذهب جماعة إلى أنها تستحق النفقة دون السكنى وحكى ذلك رواية عن أحمد .

الادلة

استدل أصحاب المذهب الأخير على استحقاقها للنفقة بقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وبقوله (ولا تضاروهن) قالوا ان (المتاع) بعمومه يشمل النفقة وقد جعله الله حقا ثابتا للمطلقات على أزواجهن

بداعية التقوي ودفع الضرر والايذاء كما أرشد اليه النهى عن المضارة :

واستدلوا أيضاً بأن نفقة الزوجية إنما وجبت لاحتباس الزوجة بسبب الزوج . وهو متحقق فى المبتوتة لأن العـدة وجبت عليها صيانة لولده فقد احتبست لمعنى يرجع اليه فتجب نفقتها عليه .

وانما لم تجب السكنى عند هؤلاء لأن قوله تعالي (اسكنوهن من حيث سكنتم) انما أوجب سـكنى المطلقة حيث يسكن الزوج وذلك لا يكون فى المبتوتة .

واستدل مالك والشافعى بأن قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم) عام وهو يوجب السكنى لـكل مطلقة رجعية كانت أم بائنة وهو مقتضى كونها فى العدة ومحتبسة لحق الزوج . وإنما سقط وجوب النفقة بمـا رواه مالك في الموطأ من حديث فاطمة بنت قيس وفيه : فقال لها رسول الله ﷺ ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعـتد فى بيت ابن أم مكتوم . ولم يذكر فيه اسقاط السكنى فبقيت الآية على عمومها . قالوا : وإنما أمرها ﷺ بالاعتداد فى بيت ابن أم مكتوم لأنها كانت بذيئة اللسان على أحمائها كما جاء ذلك فى بعض الروايات .

ومما يجدر أن نبادر به هـهنا أن التفرقة بين النفقة والسكنى كما يرى أصحاب هذين المذهبين تفرقة بين أمرين لم يعهد فى الشرع ان فرق بينهما وهي فوق هـذا لاينهض لها دليل ولا يستبين لها وجه . وان من السهل منع ان اية السكني خاصة بالرجعيات كما زعم القائلون بعدم وجـــوب السكنى للمبتوتة ، وكذلك من السهل كما سيأتى إثبات ان حديث فاطمة لم يقتصر فيه عـلى نفى النفقة وانما نفيت فيه السكنى أيضا . ولهـذا قال ابن القيم (لو

وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة أيضاً كما يقوله من يوجبها . فاما أن يجب لهـا السكني دون النفقة فالنص والقياس يدفعه) وقال ابن رشد (ان الأولى فى هذه المسألة إما أن يقال لها الأمران جميعاً مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة بنت قيس وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله)

وسنقتصر لهذا بعد إيراد أدلة المذهبين الأولين على مناقشتهما والموازنة بينهما لا غير .

*
* *

استدل احمد ومن معه على عدم وجوبها بما رواه الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي ﷺ فى المطلقة ثلاثا ؛ قال . ليس لها سكنى ولا نفقة . رواه أحمد ومسلم ، وفى رواية للجماعة إلا البخارى . قالت : طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله سكنى ولا نفقة . قالوا . ان قصة فاطمة بنت قيس ثابتة من عدة روايات ، وقد جعلها العلماء أصلا لكثير من الأحكام ولا يعلم أحد من الفقهاء الا وقد احتج بها فى ناحية . احتج به من قال بجواز جمع الثلاث لأن فى بعض الفاظه فطلقنى ثلاثا ، واحتج به من يرى جواز نظر المرأة الي الرجال لأن فيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرها بالعدة عند ابن أم مكتوم وقال لها انه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده ، واحتج به الجميع على جواز خطبة الرجل على خطبة اخيه إذا لم تكن المرأة قد سكنت الى الخاطب الأول لأنه قد جاء فيه أنها قالت للرسول ﷺ أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطبانى فقال لها : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له . انكحى اسامة بن زيد فنكحته بعد التردد

لجعل الله فيه خيرا واغتبطت به . واحتجوا به لذلك على جواز بيان ما فى الرجل من عيب اذا كان على وجه النصيحة لمن استشاره أن يتزوجه أو يعامله ، وإن ذلك ليس بغيبة ، واحتجوا به على جواز نكاح القرشية من غير القرشي ، وعلى وقوع الطلاق فى حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر وانه لايشترط حضوره ومواجهته به ، وعلى جواز التعريض بخطبة المعتدة البائن . فهذه الأحكام كلها أخذتها الأمة من قصة فاطمة بنت قيس ودل ذلك على أن الأمة قد تلقتها بالقبول وجعلتها أصلا لهذه الأحكام وهى صريحة فى نفى وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة ولا مجال للطعن فيها .

ثم قالوا بعد ذلك : وان ماتدل عليه هذه القصة هو بعينه ما يدل عليه كتاب الله فى قوله (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا ان يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله . الآيات) أمر الله الأزواج الذين لهم عند بلوغ الأجل حق الامساك أو المفارقة بأن لايخرجوا أزواجهم من بيوتهم وأمر الزوجات أن لايخرجن وهذا أحد الاحكام التى أمر الله بها فى هذه الآية . وواضح ان كل تلك الأحكام خاصة بالرجعيات فيختص كذلك عدم الاخراج والخروج بالرجعيات ويرشد اليه قوله تعالى فى التعليل (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فان الأمر الذى يرجي إحداثه هو المراجعة كما ذهب اليه السلف ومن بعدهم . وقد فهمت ذلك فاطمة نفسها حينما بلغها انكار الناس عليها . قالت : بينى وبينهم كتاب

الله . قال الله فطلقوهن لعدتهن ثم قال (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟

وقد أمر الله بعد هـــذه الآيات باسكان هؤلاء المطلقات في قوله (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وبهذا اتضح أن المحدث عنه المطلقات الرجعيات وان الأحكام كلها انما هى للرجعيات المحدث عنهن ولا سـبيل الى اقحام المبتوتة إلا بتفكيك الضمائر واختلافهـا مع مفسرها وهو مما لا تحتمله بلاغة القـرآن فالقرآن لم يعرض لحـكم المبتوتة وقد تكفلت بالدلالة عليه قصة فاطمة بنت قيس وبها تم البيان وعرف حكم المطلقتين

ثم قالوا : ولو سلمنا أن الآية عامة فى المطلقات كلها لـكان حديث فاطمة وهو صحيح صريح مخصصا لعمومها بالرجعيات وهو طريق معروف عند تعارض العام والخاص

وقد استدلوا من جهة النظر بأن المرأة إذا بانت من زوجها صـارت أجنبية منه ولم يبق إلا مجرد اعتدادها وهو لا يوجب لها نفقة كالموطوءة بشبهة أو زنى ، وبأن النفقة إنما تجب في مقابلة التمـكين من الاستمتاع والبائن لا يمكن الاستمتاع بها ، وبأن النفقة لو وجبت لها لأجل عدتها منه لوجبت للمتوفى عنها زوجها من ماله لأنها فى عدته ولا قائل به .

*
* *

هذه حجة احمد ومن معه . أما الحنفية فقد استدلوا بالـكتاب والسنة والمعقول أما الـكتاب فالآيات المتقدمة ويبنونه بأن قوله (فطلقوهن

لعدتهن) ينتظم الرجعية والمبتوتة لأنه يتناول الطلقة الثالثة كما يتناول الأولى وعلى هـذا العموم تحمل الضمائر والأحكام الآتية إلا ماقام دليل على تخصيصه بالرجعيات وذلك كقوله (لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) وقوله (فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) ونظير ذلك ان قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) عام فى البائن والرجعى وقوله بعد ذلك (وبعولتهن أحق بردهن) خاص بالرجعيات ولم يكن خصوصه بهن مؤثرا على عموم ماقبله . وبهذا يبقى قوله بعد فى آية الموضوع (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الخ) عاما فى المطلقات كلهن . وذلك رجوع بالآية إلى مابنيت عليه حيث لم يظهر مخصص فيبقى شمولها للرجعية والبائنة . وقد وجبت السكنى لمعان هى بنفسها توجب النفقة وذلك لأن كلا من السكنى والنفقة حق مالى ، ولأن قوله تعالى (لاتضاروهن لتضيقوا عليهن) يتحقق فى النفقة كما يتحقق فى السكني ؛ ولأن الانفاق المأمور به لذات الحمل لم يكن إلا لأنها محبوسة على الرجل فى بيته وإذا كانت النفقة واجبة بالآية للرجعية لهـــذا المعنى وجب أن تكون للمبتوتة لهذه العلة نفسها و كما تناولت الآية النفقة للرجعية وهي حامل ولم تدل على عدم النفقة لغير الحامل فكذلك لايكون تناولها للبائن الحامل مانعا لتناولها لغير الحامل لأن الشرط فيها ليس مفهوم مخالفة بل هو مفهوم موافقه وفائدته أن الحامل قد يتوهم أنه لانفقة لها لطول مدة الحمل فأثبت لها النفقة ليعلم غيرها بطريق الأولى . يرشد اليه جعل الوضع غاية الانفاق وهو المقصود بالشرط لا اصل الانفاق

أما السنة فمنها ما جاء فى مسلم عن أبى اسحاق قال كنت مع الأسود

ابن يزيد جالساً فى المسجد ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم أخذ الأسود كفاً من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر رضى الله عنه لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت. لها السكني والنفقة قال الله عز وجل (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

وقد دل ذلك على أن عمر فهم ان القرآن عام فى المطلقات كما بيناه ، وأخبر أن سنة النبي ﷺ ان لها النفقة والسكنى .

وكما أنكر عمر على فاطمة بنت قيس أنكرت السيدة عائشة أيضاً عليها وجاء في صحيح البخارى انها قالت لها : ألا تتق الله تعنى فى قولها لا سكنى لها ولا نفقة وأنكر عليها اسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ وابن حبه وكذلك مروان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والأسود بن يزيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن . ومن كلام مروان (سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها)

قالوا فهذا يكاد يكون إجماعاً أولا على تخطئة فاطمة وثانياً على أن السنة وما عليه الناس هو وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة وهذا أقوى أنواع السنة .

أما المعقول فهو أن المعانى التى لأجلها تجب النفقة والسكنى للرجعية وللبائن الحامل متحققة بذاتها فى المبتوتة الحائل فوجب ثبوت الحكم لها

* * *

وأنت إذا وازنت بين وجه كون الآية عامة أو خاصة تبين لك رجحان الحمل على العموم كما أراده الحنفية ، وكذلك اذا وازنت بين المعقول والمعقول

فأن الفجيعة بالبينونة أشد أثراً على النفس من الرجعية وما أحوج المرأة في البينونة إلى ما يخفف مصابها الذي انقطع أملها في تلافيه . وان من يذكر قول الله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم) لا يتردد لحظة في أن النفقة اذا وجبت للرجعية فوجوبها للمبتوتة أحق وألزم .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد وجهت اليه مطاعن تكفل ببيانها الكمال وعرض لها ليردها ابن القيم في زاد المعاد . ونحن نرى أن كلا من الطرفين قد أسرف في التحامل على صاحبه والحق ان الآية وحدها كفيلة بالبيان وانها عامة ، وان قصة فاطمة صحيحة ، وان حكم النبي ﷺ بعدم النفقة والسكني كان خاصاً بها وذلك لأن زوجها كان غائباً وليس له مال حتى يقضى لها بالنفقة فيه . وأما السكني فقد جاء في روايات القصة عن عائشة ان عدم إسكانها مع احمائها كان لشدتها عليهم . وليس معنى هذا كما يرى ابن القيم الطعن في خلقها أو الحط من درجة صحبتها ، ولم يكن إنكار عمر وغيره عليها لأنها امرأة لا تقبل روايتها او طعنا في أصل القصة وانما هو إنكار لفهمها ان الحكم الخاص بها لظروفها الخاصة عام في كل مبتوتة . هذا هو رأينا في المسألة وعليك ان تستوعب ما كتبه الكمال وابن القيم في هذا الموضوع فانهما فرسا رهانه والله يرشدك الي الخير .

حكم المفقود

المفقود هو من غاب وانقطع خبره فلم يعرف له موضع ولم يدر أحي هو أم ميت

وقد اختلف العلماء فيما يصنع بماله وما تصنعه زوجته والممكن من

وجوه النظر ان يعتبر حياً بالنظر لهما فتبقى زوجه فى عصمته وماله على ملكه حتى ينكشف أمره . وان يعتبر ميتاً فى حقهما فيحكم بخروج زوجه من عصمته ويقسم ماله بين ورثته . وان يعتبر حياً بالنظر الى المال دون الزوجة أو بالعكس .

فذهب الحنفية والشافعية الى اعتباره حيا فى الأمرين وقالوا هى زوجته والمال ماله حتى يتبين امره وفى هذا محافظة على امر ثبت بيقين

وذهب الحنابلة الى اعتباره ميتاً فيهما على تفصيل يأتى بعد . وذلك عقب انتهاء مدة التربص المقدرة عندهم فتخرج زوجه من عصمته ويقسم ماله على ورثته . وفى هذا نظر لحال المرأة ومراعاة لها برفع الضرر والعنت عنها. والمال جعل تابعا فى ذلك

وذهب المالكية الى اعتباره ميتا فى حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته . وفى هذا الاعتبار مراعاة لحق المرأة ولا ضرورة تدعو إليه فى الأموال

اما الاعتبار الرابع فهو : أولا — اعتبار لا تدعو إليه ضرورة من دفع ضرر أو جلب مصلحة . ثانيا — انه عكس ما تقضى به قضية الامساك بالمعروف فى الزوجة ودفع الضرر عنها . وقد عهد العمل فى الشريعة عليهما فى حين ان هذا الاعتبار يراعى جانب المال أكثر مما يراعى جانب المرأة مع ان امر المال أهون فى نظر الشرع من امر المرأة . ولأن المال يمكن حفظه وتنميته بوساطة القوامة التى عهدت فى أموال من لا يستطيعون حفظها وتنميتها . ولهذا لا نعلم ان فقيها نظر إلى المفقود بهذا الاعتبار الرابع . وانما كل آرائهم دائرة على الاعتبارات الثلاثة المتقدمة كما علمت . وإليك تفصيل هذا الاجمال

ذهب الحنفية والشافعية إلى ان زوجة المفقود زوجته والمال ماله وإن طال الزمن حتى يغلب على الظن موته وذلك بموت أقرانه او بمضى مدة لا يعيش لمثلها عادة . وفى تقدير هذه المدة أقوال فى المذهبين. فقيل انها سبعون سنةوقيل ثمانون وهكذا إلى ماية وعشرين . وفى قول للحنفية . ان امر ذلك مفوض إلى رأى القاضى واجتهاده . قيل وهذا هو الأظهر من مذهب الشافعية . فاذا غلب على الظن موته – على اختلاف الأقوال – حكم بموته واعتدت الزوجة عدة الوفاة من وقت الحكم بالموت وقسم ماله بين ورثته الذين يرثونه عند الحكم فلا يرثه من مات قبل الحكم او حدث إرثه بعده بزوال مانع عنه بعتق أو إسلام .

وهم لا يفرقون فى ذلك بين غيبة وغيبة فسواء أكانت الغيبة ظاهرها السلامة ام الهلاك وسواء أكانت عقب سبب يفضي إلى الهلاك عادة أم لا . وسواء أكانت في أرض الاسلام ام فى غيرها . وسواء أكانت فى بر ام بحر فحكمها فى كل هذه الأحوال واحد فى المذهبين هو ما تقدم .

ويرى الحنابلة ان الغيبة نوعان : الأول غيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة فى غير مهلكة . والسفر لطلب العلم والسياحة . والحكم فيها كما يقول الحنفية والشافعية انه لا بد من مضى مدة التعمير . وقدروها بتسعين سنة من وقت ولادة المفقود كما نص عليه فى كشاف القناع وحكاه صاحب المغنى من رواية الأثرم عن أحمد بن حنبل . لكنه قال : ان المذهب خلافه وهو ان الزوجية لا تزول مالم يتيقن موته أو تمضى مدة لا يعيش لمثلها . وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم . صرح بذلك صاحب المغنى فى باب ميراث المفقود . قال : لأن هذا تقدير بمدة معينة من غير توقيف . والتقدير لا ينبغى

أن يصار اليه إلا بالتوقيف .

والثانى غيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله أو يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضى لحاجة على أن يعود فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين. أو من غرق سفينة أو نحو ذلك من سائر أسباب الهلاك . والحكم فيه أن ينتظر به أربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت زوجته للوفاة أربعه أشهر وعشرا . وذكر القاضى أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع السنين ولا يفتقر ذلك كله إلى حكم حاكم .

وجرى المالكية فى المسألة على أساس التفرقة أيضاً بين غيبة ظاهرها السلامة واخرى ظاهرها الهلاك . فقالوا فى الأولى لابد من انقضاء مدة التعمير . وجعلوا منها الفقد فى ارض الشرك . وبالاسر وقالوا ايضا لابد من الحكم بالموت بعد انقضاء مدة التعمير « اما الثانية » وهى التي ظاهرها الهلاك فهى اما ان تكون بعد سبب من شأنه الاهلاك كمعترك اوطاعون اوغرق سفينة . واما الا تكون بعد سبب كذلك كما إذا سافر فى ارض الاسلام لغرض من الأغراض وفقد فيها . والحكم فيما اذا كانت بعد سبب من شأنه الاهلاك انها تعتد بعد انتهاء المعركة وذهاب الطاعون وبعد مضى مدة العودة إلى البلدة على حسب القرب والبعد — اما إذا لم تكن بعد سبب كذلك فالحكم فيها مارآه احمد فى الغيبة التى ظاهرها الهلاك فتتربص اربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ويلزم فى الجميع البحث عنه حتى يغلب على الظن موته ثم تعتد أو تتربص

هذه آراء الأئمة فى حكم المفقود من حيث ماله وزوجته اما حكمه من حيث ارثه من غيره فقالوا فيه أن مات للمفقود من يرثه قبل ان يحكم بوفاته

يوقف نصيبه من مال مورثه . فان كان المفقود يحجب الحاضرين لم يصرف شيء ووقف المال كله . وإن كان لا يحجبهم يعطى كل واحد منهم الاقل من نصيبيه على تقدير حياة المفقود وعلى تقدير موته . وهذا هو مذهب أبي حنيفة واحمد وأكثر الفقهاء والصحيح من مذهب الشافعي . وللشافعية وجهان آخران احدهما تقدير حياته لأنها الاصل فان ظهر خلافها غيرنا الحكم . والثانى يقدر موته فى حق الجميع لأن استحقاق الحاضرين معلوم واستحقاقه مشكوك فيه فان ظهر خلافه غيرنا الحكم . وهذا الوجه بعيد .

ويظل نصيب المفقود موقوفا حتى يتبين حاله . فان بان حياً أخذه وردت الزيادة إلى أهلها . وان علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله لورثته . وإن علم أنه كان ميتاً حين موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الاول . وإن لم يعلم خبره وحكم بموته رد نصيبه أيضاً إلى ورثة الاول لأنه مشكوك فى حياته حين الموت فلا نورثه مع الشك

استدل الحنفية والشافعية على ماذهبوا اليه فى المفقود بما يأتى :

أولا — بما أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب . حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان »

وثانياً — بما روى عن عبد الرزاق : اخبرنا محمد بن عبد الله العزرمى عن الحكم بن عتيبة عن على رضى الله عنه قال — فى امرأة المفقود — هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق

وبما روى عن جريج قال : بلغنى ان ابن مسعود وافق عليا انها تنتظر أبداً . وقد روي هذا المذهب عن ابى قلابة والشعبي والنخعى . قالوا جميعاً

ليس لامرأة المفقود أن تتزوج حتى يستبين أمره

وثالثاً — بأن النكاح بين المفقود وزوجه ثابت بيقين. ومجرد الغيبة لا يوجب الفرقة وإنما يوجبها الموت. وموت المفقود مشكوك فيه. ومن القواعد أن اليقين لا يزول بالشك. وبقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه. فوجب عملا بالثابت المتيقن ترك الامر حتى يتبين الحال. وقد نقل رجوع عمر رضى الله عنه الى قول على فى امرأة المفقود. روى ذلك ابن أبى ليلى وكانت هذه إحدى قضايا ثلاث رجع فيها عمر إلى رأى على رضى الله عنهما. وبذلك كان هذا المذهب مذهب علي وعمر وابن مسعود وقد أيدته القواعد ورجحه ماروينا من السنة المرفوعة.

واستدل المالكية والحنابلة على ما اتفقوا عليه بما رواه ابن أبى شيبة: حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيي بن جعدة أن رجلا فقد فى عهد عمر فجاءت امرأته اليه فذكرت ذلك له فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعدها أن يطلقها ثم أمرها ان تعتد فاعتدت ثم تزوجت بآخر ثم جاء زوجها الأول فخيره بين الزوجة والصداق. وقد خرج هذا الحديث من عدة طرق. وروى ذلك الحكم فى امرأة المفقود عن عثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير. وهذه كلها قضايا فى زوجة المفقود انتشرت فى عهد الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعا وقد قال به غير هؤلاء الخمسة عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى ابن المدينى وعبد العزيز بن أبى سلمة. ولا ريب أن التقدير مما لا يدرك بالقياس فيحمل هذا التقدير على أن هؤلاء جميعا سمعوه من الرسول ﷺ. ولأقوالهم فى مثله حكم المرفوع فوجب الاخذ به.

ولو كان ثمة رأى واجتهاد لنقل الينا مع أنه لم يثبت ان أحداً من الصحابة انكر على أحد من هؤلاء الاصحاب حكمه فى زوجة المفقود فكان ذلك من جهة اخرى فى حكم الاجماع فوجب قبوله والعمل بمقتضاه وهنا يقول الحنابلة إن هذه القضايا وردت فى مفقود بغيبة ظاهرها الهلاك فيقتصر فى هذا الحكم على ما يماثل تلك الغيبة من غير تفرقة بين ماله سبب من شأنه الاهلاك وماليس له سبب كذلك . وتبقى الغيبة التى ظاهرها السلامة على مقتضى قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) فلا بد فيها من تحقق الموت وثبوته . ولا يصح التقدير طالت مدة الغيبة أم قصرت .

اما المالكية فقد نظروا إلى ما يغلب فيه السلامة فتركوه للتعمير والى مايغلب فيه الهلاك وجعلوا هذا قسمين: قسم يعظم فيه غلبة الهلاك لوقوعه بعد سبب مهلك فحكموا بالتفريق عقب السبب مباشرة ان كان لا يحتاج إلى مدة عودة أو بعد مدة العودة الممكنة إلى بلاده إن كان يحتاج إلى مدة (وقسم آخر) لا تعظم فيه غلبة الهلاك لعدم وقوعه بعد سبب مهلك وقالوا إن هذا القسم هو محل التقدير بأربع سنين

ثم قال كل من الحنابلة والمالكية . ان التفريق بين الغائب وامرأته قد بنى على أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت الحياة الفردية خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لا تستطيع أن تحفظ نفسها من عوامل الفتنة التى تحيط بها أسبابها من كل جانب وقد وجد للتفريق بالضرر أصل معروف فى الشريعة . ذلك هو التفريق للايلاء وللعنة وقد ضرب الشارع لكل منها أجلا بمضيه يحصل التفريق فليضرب لضرر الفقد الذى يصيب المرأة فى زوجها أجل وهو ماروى عن أصحاب رسول الله ﷺ

ولم يعرف من طريق صحيح أن بعضهم أنكر التقدير به

ولعل الحكمة فى التقدير بالأربع السنين أنها أقصى مدة ذهب اليها العلماء فى تقدير مدة الحمل وبذلك تتبين براءة المرأة بيقين فيحكم بالتفريق على وجه يطمئن بخلو المرأة من غرس زوجها . وإنما خالفت مدة الفقد مدة الايلاء والعنة لأن الايلاء باختيار الرجل وقد كان بيده الايولى من امرأته . ولأن العنة بعد سنة يغلب على الظن أنها لا تزول ولا كذلك المفقود .

يتجه على الحنفية والشافعية فى استدلالهم بالحديث المروى عن المغيرة ابن شعبة : أن راوية محمد بن شرحبيل . وقد قال ابن حاتم عن أبيه : انه روى عن المغيرة مناكير أباطيل . وأن سوار بن مصعب الذى روى عن محمد بن شرحبيل قال فيه القطان . إنه أشهر في المتروكين . أما المروي عن على فظاهر أنه اجتهاد ورأي . انظر قوله (هى امرأة ابتليت فلتصبر) أمرها بالصبر لابتلائها شأن كل مبتلى على أنه قد روى الجوزجانى وغيره عن على فى امرأة المفقود « تعتد بأربع سنين » وبذلك قضى عثمان وابن الزبير فى مولاة لهم

ويتجه عليهم فى الاستدلال بالمعقول أن غلبة الظن فى الشريعة لها حكم اليقين والمراد من القاعدة أن اليقين لا يزول بالشك . والمخالفون يقولون : إن عدم ظهور أمره بعد البحث والتنقيب أربع سنين مع وجود العوامل التى تدفعه إلى الظهور لو كان حيا يجعل هلاكه غالبا على الظن . وغلبة الظن فى مثله كافية للحكم بموته . وللتفرقة بينه وبين زوجه . وأما احتمال الظهور بعد ذلك فنادر لا يناط به حكم . على أن المخالفين لم يعتمدوا فى الحكم بموته بعد مضى مدة التعمير إلا على غلبة الظن لبقاء احتمال الظهور أيضا . ولذلك بينوا حكمه على فرض ظهوره . والواقع أن اليقين منتف عند الفريقين وأن غلبة

الظن كافية لرفع الضرر الذى يلحق المرأة من بقائها فى زوجية المفقود . وهذا قدر لاينبغى أن يكون محل خلاف . نعم تختلف الأنظار فيما به تحصل غلبة الظن . وقد وجد الاختلاف فى ذلك فعلا من عهد الصدر الأول . وليس للتقدير بمدة معينة أيا كانت تلك المدة من وجه شرعى يعتمد عليه ، خصوصا أنهم قد أجمعوا على أن التقدير لا مجال للرأى فيه .

فالوجه الذى نختاره هو التفويض إلى رأى القاضى . قال الزيلعى : والمختار . أنه يفوض إلى رأى الامام لأنه يختلف باختلاف البلاد و كذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فان الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل فى مهلكة اه

وقد اعتبر الحنابلة التفويض إلى اجتهاد الحاكم فى قسمة أمواله . ولا ريب أن التفويض إلى اجتهاد الحاكم فيه تقدير ظروف الزوجة وظروف الزوج ولهذه الظروف ارشاد كبير إلى مافيه المصلحة .

وبذلك يتبين أن مذهب القائلين بالتفويض الى رأى الحاكم أسد وارفق خصوصا فى هذا الزمن الذى يسهل فيه الوقوف على حال الغائبين .

وتقدير عمر رضى الله عنه لامرأة المفقود بأربع سنين كان عن اجتهاد ورأى ولعل الظروف التى رآها قضت عنده بذلك . وجميع مانقل من حوادث الفقد وقائع حال قدرت فيها الظروف فقضى كل بما رأي ووقع عنده .

قال الزيلعي : وما كان سبب اختلاف الناس فى مدته إلا اختلاف آرائهم فيه . اه

ولا يعكر على هذا الرأى سوى انه ليس كل قاض يركن إلى تقديره . هذا . وقد رأت المحاكم الشرعية في مصر ان العمل في المفقود بمذهب

الحنفية اصبح لا يتفق مع حالة الرقي التى وصلت اليها البلاد فى طرق المواصلات ووسائل التخاطب وسهولة البحث عن الغائب فاختارت ان تعامل زوجه بمقتضي مذهب المالكية

ووضعت المادتين السابعة والثامنة من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . وفيهما ان القاضي يعلن الزوجة بعد البحث وبعد مضى اربع سنين من حين رفع الأمر اليه بالاعتداد عدة الوفاة . ثم رأت ان تعدل عن مذهب المالكية وقسمت المفقود إلى (غائب) غيبة ظاهرها الهلاك وقدرت له اربع سنين (وغائب) غيبة ظاهرها السلامة وفوضت الامر فى زوجته وماله إلى رأى القاضى ووضعت لذلك المادية الحادية والعشرين من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقالت مذكرته الايضاحية ان هذا اخذ بمذهب أحمد فيما يختص بالزوجة في القسم الاول وبرءاية له وبمذهب الحنفية فيما يختص بها وبالاموال فى القسم الثانى . ولقد كان لهم فى القول الراجح من مذهب الحنفية وهو التفويض الى راى القاضى فى الزوجة والمال غناء عن هذا التعديل وذلك التلفيق لاسيما انه قد تقضى الظروف فيمن غاب غيبة ظاهرها الهلاك انه يعتبر ميتاً قبل مضى الأربع السنين .

لزوم الوقف

اتفق الأئمة الاربعة على أن الوقف تصرف مشروع . واتفقوا أيضاً على أن وقف المسجد والرباط ونحوهما مما لا يقصد فيه جعل المنفعة لمعين لازم . ولا ملك فيه لأحد واختلفوا فيما قصد به جعل المنفعة لمعين من جهتين جهة الملك وجهة اللزوم . ففى الملك قال أبو حنيفة ومالك الوقف للواقف وقال

الشافعي وابو يوسف ومحمد هو ملك لله . وقال أحمد هو ملك الموقوف عليه كالصدقة . أما جهة اللزوم فرأي جمهور الأئمة أنه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقال أبو حنيفة بعدم لزومه وانه كالعارية . وأنت ترى من هذا أن الخلاف الذي له ثمرة في الاحكام العملية إنما هو الخلاف في اللزوم وعدمه وذلك موضع المقارنة .

استدل أبو حنيفة بالسنة والمعقول

أما السنة . فمنها ما أسنده الطحاوى في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس . قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء . وأنزل فيها الفرائض : نهى عن الحبس . وقد روى من طريق آخر للدارقطنى عن علي رضى الله عنه لاحبس عن فرائض الله إلا ماكان من سلاح أو كراع وقال صاحب الفتح وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح ومثله لا يقال إلا سماعا .

ومنها مارواه ابن ابى شيبة فى البيوع بسنده عن شريح . قال جاء محمد ببيع الحبيس وقد أخرجه البيهقى ايضاً . وهذا الحديث وان كان مرسلا فهو حجة عند الحنفية .

اما المعقول فمن وجهين . احدهما ان لزومه يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف والانجاز للواقف ان يتصرف فيه تصرف المالك . وماعهدنا مالكا ذا أهلية تغل يده عن التصرف فى ملكه بما يريد . ولو خرج عن ملك الواقف لا إلى مالك فهو السائبة . ولا سائبة فى الاسلام . (ما جعل الله من بحيرة ولاسائبة)

ثانيهما . ان حقوق العباد لم تنقطع عن الموقوف . بدليل جواز الانتفاع به زراعة وسكنى . وبقاء الحقوق دليل بقاء الملك فيه . ولا ملك لغير الواقف اتفاقا . فوجب أن يكون الملك للواقف وبقاء الملك للواقف ينافى اللزوم

ويؤيد كون الملك للواقف . أن له فى الوقف حقوقا خاصة . كتعيين النظار وعزلهم وتوزيع الريع على مقتضى شرطه . ولم يستفد هذه الحقوق من ولاية طارئة اتفاقا فوجب أن يكون مردها ملكه .

واستدل الأئمه الثلاثة والصاحبان . أولا بما روى . أن عمر رضى الله تعالى عنه أتى النبى ﷺ وكانت له أرض تدعي ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يارسول الله انى أصبت مالا هو عندى نفيس أفأتصدق به . فقال رسول الله ﷺ تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته . فتصدق به عمر فى سبيل الله وفى الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول منه

وهذه الارض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخيبر وثمغ لقب لها . وهذا الحديث مروى فى الصحيحين وباقى الكتب الستة مع اختلاف فى بعض الألفاظ.

ثانياً ـ بالاجماع العملى فقد استمر عمل الأمة من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على حبس أموالهم مؤبدة من غير نكير

ثالثاً ـ بالمعقول . وهو أن داعية الواقف إلى وقف أمواله تستدعي لزوم الوقف بخروجه عن ملكه . لأنها ترجع الى ارادة وصول الثواب اليه ولا طريق لاستمرار وصول الثواب اليه إلا بلزومه وعدم انقطاعه وقد

أشار الشرع الى أن الذى يحقق هذه الرغبة هو الوقف بما رواه الترمذي عن أبى هريرة ان رسول الله ﷺ قال . إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . وعلم ينتفع به . وولد صالح يدعو له .

وقد قيل لأبى حنيفة في حديث لا حبس عن فرائض الله . انه وان كان عاما إلا ان قاعدة الجمع بين الدليلين المتعارضين ما أمكن توجب حمله على خصوص ما كان فى الجاهلية من التوريث بالمولاة والمؤاخاة وحرمان الاناث مطلقا والذكور الصغار من الارث وقصره على الذكور القادرين . وقد كان ذلك بعد ان نزلت آيات المواريث وجعلت للنساء والذكور مطلقا نصيبا فى الميراث وبينت فرائض الوارثين وحقوقهم وأن أولى الارحام بعضهم اولى ببعض — على ان الحديث عند التحقيق لا يتناول الوقف لأن الوقف ليس حبسا عن فرائض الله التى لا تثبت للوارث إلا بعد وفاة المورث او حال مرضه إذ هو تصرف صادر من اهله فى خالص حقه . ولو كان الوقف مع هذا حبسا عن فرائض لكانت جميع الصدقات والهبات حبسا عن فرائض الله ولا قائل بذلك . وقيل له فى حديث شريح أنه لا دلالة فيه أيضاً لأن الوقف بالمعنى الشرعى لم يكن معروفا فى الجاهلية وإنما عرف فى الاسلام كما قال الشافعى رضى الله عنه وحينئذ فلا يمكن أن يتناول الحبيس الذى جاء الرسول ببيعه هذه الأوقاف المعروفة لنا شرعا ووجب حمله على الاحباس المعروفة اذ ذاك من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام . وعلى فرض ان الوقف الشرعى كان معروفا فى الجاهلية فاستمرار العمل به من الصحابة والتابعين دليل على أن الذى جاء ببيعه محمد ﷺ هو النوع الآخر الذى نفاه القرآن جمعا بين الادلة كما سبق

وقيل له فى المعقول انه لامانع من خروج الوقف عن ملك الواقف إلى غير مالك فان المسجد يزول ملك الواقف عنه اتفاقا ولا ملك لأحد فيه من العباد فيكون وقف غير المسجد كالمسجد . وأما تعلق حق العبد بالوقف وثبوت الحقوق للواقف فانه لا يدل على بقاء الملك فان القربان يصير الى الله ويخرج عن ملك صاحبه بالاراقه مع أن صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق وتلك ولاية خولها له الشارع فليكن أمر الوقف كذلك

ويتضح مما سبق أن الفريقين يتفقان على أن للواقف حقوقا فى الوقف. وعلى أن الامام وصاحبيه يرون بين بقاء الملك للواقف فى الوقف وعدم لزومه تلازما . وان أبا حنيفه يرى أن ثبوت الحقوق للواقف يدل على بقاء ملكه فيه . وقد وقف الامام مالك رضى الله عنه في المسألة موقفا وسطا فرآى أن لا تلازم بين بقاء الملك وعدم اللزوم فالوقف عنده لايخرج عن ملك الواقف وهو فى الوقت نفسه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث . وقد قرر الحنفية لذلك نظيراً فى المدبر وأم الولد وقد استحسن الكمال هذا الرأى ووجهه بماخلاصته . أن ملك الواقف ثابت قبل الوقف بيقين ومنع التصرف بالبيع ونحوه أثبته حديث عمر وعمل المسلمين فليثبت ذلك القدر أما الملك فلم يوجد ما يدل على زواله بل وجد فى بعض روايات حديث عمر مايدل على بقائه على ماكان . وهو قوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فانه ظاهر فى التصدق بالغلة مع بقاء الملك وكذلك المعنى المعقول الذي تمسك به الجمهور لا يدل الا على اللزوم فقط . وهو تحقيق نظرى وجيه .

هذا ويتضح مما سبق أيضا رجحان قول عامة العلماء بلزوم الوقف لأن الأحاديث والآثار متضافره على ذلك وقد استمر عمل الأمه من عهد الرسول

إلى يومنا عليه وهو إجماع عملي لا ينهض شيء من أدلة أبي حنيفة على معارضته وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية المصرية على الأخذ برأي الجمهور باعتباره أرجح الأقوال في مذهب الحنفية

القضاء بشاهد ويمين

اتفق العلماء على أن المدعى إذا أقام شاهدين على دعواه وقبلت شهادتهما حكم له بما ادعي . وعلى أنه إذا عجز عن البينة . وطلب تحليف المدعى عليه وحلف رفضت دعواه . واختلفوا بعد ذلك في فصلين أحدهما إذا أبى المدعى عليه أن يحلف هل يحلف المدعي أو يقضى له بنكول صاحبه عن اليمين . ثانيهما إذا أقام المدعى شاهدا وعجز عن الآخر وحلف مع شاهده هل يقضى له بشاهده ويمينه .

وموضوع المقارنة هو الفصل الثاني من الخلافيتين . فذهب إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن علي بن الحسين والزهري والنخعي وابن شبرمة والامام يحي وأبو حنيفة وأصحابه . وذهب إلى جواز الحكم بهما جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم منهم الخلفاء الأربعة وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والأئمة الثلاثة رضي الله عنهم .

* * *

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى . (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) طلب

القرآن اشهاد رجلين . ونص عند عدمها على اشهاد رجل وامرأتين فقبول الشاهد الواحد واليمين زيادة على النص والزيادة على النص نسخ . وهو لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور وليس فى المسألة واحد منهما .

أما السنة فما رواه مسلم وأحمد من قوله عليه الصلاة والسلام (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ومن قوله (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ومن قوله ﷺ لمدع (شاهداك أو يمينه)

فالحديث الأول جعل جنس اليمين على المنكر . فاذا قبلت يمين من المدعى أو وجهت اليه لم يكن جميع أفراد اليمين على المنكرين . وكذلك الحديث الثاني جعل جميع أفراد البينة على المدعى وجميع أفراد اليمين على المنكر . وتضمن مع هذا قسمة وتوزيعا والقسمة تنافى اشتراك الخصمين فيما وقعت فيه القسمة والحديث الثالث خير المدعى بين أمرين لا ثالث لهما أما بينته او يمين المدعى عليه . والتخيير بين أمرين معينين يمنع تجاوزهما والجمع بينهما .

بهذه الأدلة رأي الحنفية عدم جواز الحكم بشاهد ويمين . وقالوا إن الحاكم إذا حكم بهما لا ينفذ حكمه واذا رفع إلي قاض آخر أبطله . قال فى متن التنوير وشرحه (وإذا رفع اليه حكم قاض آخر نفذه إلا ماخالف كتابا أو سنة مشهورة او إجماعا ومن ذلك مالو قضى بشاهد ويمين المدعي لمخالفته للحديث المشهور (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما روى من أن النبى ﷺ قضي بشاهد ويمين . وقد ذكر ابن الجوزى عدد من روى هذا الحديث فزاد على عشرين صحابيا . وأصح تلك الطرق حديث ابن عباس الذي قال فيه الشافعي : وهذا

الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره مع أن معه غيره مما يشده) وقال النسائي اسناده جيد . وقال البزار في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس . وقال ابن عبد البر لا مطعن لأحد فى إسناده

ومع ما علمت فى رواية القضاء بالشاهد و ليمين قال الزيلعى : وما رواه الشافعى ضعيف رده يحيي بن معين فلا يعارض ماروينا . ولأنه رواه ربيعة عن سهيل ابن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير . ولو سلمنا صحته احتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب . ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلي يمين المنكر عملا بالمشاهير اه

وكما طعن الزيلعي وأول كما ترى فى حديث القضاء بالشاهد واليمين طعن الآخرون فيما تمسك به الحنفية وقالوا لو صحت لا تفيد عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين لأن حديث التخيير كان فى واقعة عجز فيها المدعي عن البينة ورضي المدعى عليه باليمين فتخوف المدعى وقال (إذاً يحلف ولا يبالى) فقال الرسول ﷺ ليس لك منه إلا ذلك . وهو غير موضع النزاع وأما الحديثان الآخران فجاءا على الشأن فى مبدأ الخصومة وهو اما البينة من المدعى أو اليمين من المنكر . وهذا لا يمنع الحكم بيمين المدعي وشاهده إذا عجز عن الشاهد الآخر وأبى المدعى عليه أن يحلف فلا دلالة لشىء من الاحاديث المذكورة — على فرض صحتها — على المنع

وبالنظر فيما قاله الفريقان نجد - أولا — أن ما طعن به الحنفية على أحاديث الجمهور . مردود . لما عرفت من شهرتها بين المحدثين وانها مروية عن جمع عظيم من الصحابة . وما قاله الزيلعى من انكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه أن سهيلا أصيب بعلة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فقال لا أحفظه ولا أتذكره . وهذا لا يضر بعد أن ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى حسان وبعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات

ثانياً — أن قول الحنفية (إن احاديث القضاء بالشاهد واليمين زيادة على الكتاب والزيادة نسخ) بناء على قاعدة لم يظهر التزامهم لها فى كثير من فروعهم المذهبية . فهي كما قال الشوكانى . زيادة ولكنها غير منافية للأصل فقبولها محتم . وغاية ما يقال على فرض معارضة الآية وحديث (شاهداك أو يمينه) لأحاديث القضاء بشاهد ويمين - وإن كان فرضا فاسداً - أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما . وهذا المفهوم المردود عند أكثر أهل الاصول لا يعارض المنطوق وهو ما ورد فى العمل بشاهد ويمين : على انه يقال العمل بشهادة المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم حديث شاهداك أو يمينه . فان قالوا قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية . قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب . هذا على فرض ان الخصم يعمل بمفهوم العدد فان كان لا يعمل به أصلا فالحجة عليه أوضح وأتم .

ولابن تيمية كلام جيد فى توجيه آية (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) نورده هنا لما فيه من الفائدة فى موضوعنا هذا .

قال : القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين فى طرق الحكم التي يحكم

بها الحاكم وإنما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الانسان حقه - وبعد أن ذكر الآيه قال - فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب . وأمر من عليه الحق أن يمل الكاتب . فان لم يكن ممن يصح إملاؤه أملي عنه وليه . ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فان لم يجد فرجل وامرأتان . ثم نهى الشهداء المتحملين للشهادة عن التخلف عن إقامتها إذا طلبوا لذلك . ثم رخص لهم فى التجارة الحاضرة الا يكتبوها ثم أمرهم بالاشهاد عند التبايع . ثم أمرهم إذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتبا أن يستوثقوا بالرهن المقبوضة . كل هذه نصيحة لهم وتعليم وارشاد لما يحفظون به حقوقهم . وما تحفظ به الحقوق شيء . وما يحكم به الحاكم شيء آخر . فان طرق الحكم أوسع من الشاهدين . والرجل والمرأتين . فان الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له في القرآن . فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة اه .

وعلى فرض أن آية واستشهدوا شهيدين جاءت لبيان ما يحكم به الحاكم فليس فيها ما يدل على منع الحكم بشاهد ويمين فان كثيراً من الاحكام أخذ بها المسلمون ولم ترد فى لفظ الكتاب ولكن السنة قضت بها وطلبتها فكانت شريعة يجب اتباعها كالذي جاء به الكتاب . وذلك كمنع الوصية للوارث ومنع نكاح المرأة على عمتها وخالتها . ومنع التوارث بين المسلم وغيره . وايجابه فى حل المطلقة ثلاثا ان تذوق عسيلة الزوج الثانى كل ذلك وله نظائر كثيرة أخذ به المسلمون من السنة زيادة على ما فى الكتاب ولم يقل أحد انها نسخ للكتاب فيجب رفض السنة الواردة به . ولاشك ان الحكم بالشاهد واليمين كهذه الأحكام وردت به السنة وهي زائدة علي الكتاب وليس فى الكتاب

مايمنعه فوجب القول به . فان قال المأمون ان الأحاديث التى أخذنا بها فيما ذكرت من الأحكام أحاديث خرجت عن رتبة الآحاد إلى درجة الشهرة فوجب الأخذ بها ولا كذلك الأحاديث التى وردت فى مسألة الخلاف . قلنا لهم ما قاله الشوكانى وغيره جوابا عن هذا السؤال . ان أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها نيف وعشرون صحابياً وفيها ما هو صحيح متفق على صحته كما رأيت ذلك فيما تقدم فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة .

أما تأويلهم قضاء النبى بشاهد ويمين . فقد قال فيه ابن العربى : ان هذا جهل باللغة لأن المعية بين شيئين تقتضى أن يكونا من جهة واحدة لا من جهتين متضادتين .

وبعد فقد قال الشوكانى (جميع ما أورده المأمون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق فى سوق المناظرة عند من له أدنى المام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من أنصاف . اه

وقال ابن القيم . انكم قبلتم شهادة النساء وحدهن على الرضاع والولادة وعيوب النساء مع أنه زائد على ما فى القرآن . ولم يصح الحديث به صحته بالشاهد واليمين . ورددتم هذا ونحوه بأنه زائد على القرآن . اه

القضاء بشهادة غير المسلمين

لهذه المسألة صورتان . احداهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض والثانية شهادتهم على المسلمين . أما المسألة الاولى فذهب فيها مالك والشافعى وأحمد إلى أنها لاتقبل مطلقا اختلفت الملل أم اتفقت ونقل ذلك عن طائفة من المتقدمين . وذهب الحنفية إلى قبول شهادتهم بعضهم على بعض وإن

اختلفت مللهم كيهودى على نصرانى وعكسه إلا أنهم لم يقبلوا شهادة الحربى على مثله اذا اختلفت دارهما . وذهبت طائفة إلى قبولها فيما بين أهل الملة الواحدة فلا تقبل شهادة اليهودى على النصارى ولا عكسه

ونقل ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية أن مالكا يجيز شهادة الطبيب الكافر حتى على المسلم للحاجة .

الأدلة

استدل المانعون مطلقا بوجوه (الأول) ان الله ماذكر الشهود فى كتابه إلا وصفهم بما لا ينطبق على غير المسلمين فمن ذلك قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وقوله (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وغير المسلم ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا من المرضيين عندنا . الثانى ان الله وصفهم كثيراً بالكذب والفسق ، ولا شهادة لكاذب ولا فاسق ، وكيف تجوز لهم شهادة وقد منعت شهادة الرقيق نظراً إلى أن الرق أثر الكفر الذى لم يفارقه (الثالث) ان قبول شهادتهم يؤدى الي الزام الحاكم القضاء بشهادتهم ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ومن هنا لم تقبل شهادته على المسلم بالاجماع واذا لم يكونوا أهلا للشهادة على المسلم فليسوا اهلا للشهادة مطلقا لأن الأهلية لاتختلف بين شخص وشخص ألا ترى أن العبد لما لم يكن أهلا للشهادة على الحر لم يكن اهلا للشهادة على مثله (الرابع) أن قبول شهادتهم اكرام لهم ورفع لمنزلتهم وقدرهم ورذيلة الكفر تحول بيننا وبين اكرامهم ورفع منزلتهم

واستدل من أجازها بشرط اتحاد الملة بما رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فانها تجوز على غيرهم . وبأن أهل الملة الواحدة بعضهم يلي على بعض ولا عداوة بينهم ولا بغضاء فجازت شهادتهم فيما بينهم . أما مختلفوا الملل فبينهم من العداوة والبغضاء مايقطع الولاية ويمنع قبول الشهادة قال تعالى (وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء وهم يتلون الكتاب) وقال (وألقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة) وإذا كان هذا شأنهم فلا تقبل شهادة بعضهم على بعض .

واستدل الحنفية (أولا) بقوله تعالى (ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك) أخبر ان منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب ان أساس الشهادة صفة الأمانة . وبقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) اثبت الولاية لبعضهم على بعض والولاية أعلى رتبة من الشهادة وغاية الشهادة ان تشبه بها . وقد ذكرهم بوصف يعمهم وان اختلفت مللهم و (ثانيا) بأن النبي ﷺ قد حكم بشهادتهم في الحدود . روي مجاهد بن سعيد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهم أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ برجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ ائتوني بأربعة منكم يشهدون ، وقد جاء في القصة أن الرسول سألهم ماتجدون في أمر هذين في التوراة فقالوا نجد فيها إذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا . . رجما . قال فما يمنعكم أن ترجموهما . قالوا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود وشهدوا ورجمها . فقد اعتبر النبي شهادتهم

أن الحكم كذا فى التوراة ، واعتبر شهادتهم على الفعل وحكم بناء عليها :
و (ثالثا) انهم يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات وتقع بينهم الجنايات
ولا يحضرهم فى الغالب مسلم ثم يتحاكمون الينا فلو لم نقبل شهادة بعضهم
على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم وفى ذلك فساد كبير
لاتقره الشريعة العادلة .

أما عدم قبول شهادة الحربى على الذمي وعلى الحربى إذا كان من دار
اخرى فلانقطاع الولاية بينهما . ولذلك لايتوارثان . قلوا والذمى من أهل
دارنا وهو اعلى حالا من الحربى فتقبل شهادته عليه وعلى الذمى كالمسلم

* * *

والذى يظهر فى هذه المسألة أن شهادة غير المسلمين فيما بينهم كشهادة
المسلمين فيما بينهم (أولا) لما تقدم من أدلة الحنفية و (ثانيا) أن الله قد
أمرنا بالحكم بينهم اذا ترافعوا الينا والحكم إما باقرار ولا حاجة فيه إلى
المرافعة واما ببينة وهم فى الغالب لاتحضرهم بينة من المسلمين فاذا احضروا
شهودا مرضيين عندهم واطمأن القاضى الى صدقهم ولم تظهر عليهم أمارة
الكذب وجب عليه أن يحكم بشهادتهم احياء للحق . وليس الحكم بالنكول
أو اليمين بأقوى من الحكم بالشهادة وأما الآيات التى استدل بها المانعون فهى
فى الحكم بين المسلمين كما يدل عليه السياق والخطاب ولا تعرض فى شيء
من الآيات للحكم على غير المسلمين . وأما آية (والقينا بينهم العداوة والبغضاء
الى يوم القيامة) وآية (وقالت اليهود الخ) فغاية ماتدل عليه أن بينهم عداوة
وقد عرف أنها عداوة دينية لاتمنع قبول الشهادة فيما بينهم كالعداوة التى بين
فرق هذه الامة وقد البستها شيعا واحزابا يذوق بعضهم بأس بعض

وأما ان الله وصفهم بالكذب والفسق فهو منظور فيه إلى العقيدة فهم يدينون بما سماه الله كذبا وفسقا وليس المراد منها ما يمنع قبول الشهادة فكم منهم صادق إذا حدث أمين إذا اؤتمن وفى اذا عاهد كيف وهذه أخلاق فاضلة تحث عليها الأديان كلها وتحذر من ضدها . وقد سبقت الآية التى وصفهم الله فيها بالأمانة على القنطار .

وأما أن العبد لا تقبل شهادته والرق أثر الكفر . الخ فهذا لا يلزمنا اذا رجحنا القول بقبول شهادة العبد إذا كان صادقا مرضيا وهو ما تشهد له أدلة الباب ويقول الحنفية : انه قياس مع الفارق لأن عدم قبول شهادة العبد لأنه ليس من أهل الولاية . أما غير المسلم فهو اهل للولاية على مثله .

وأما أن القول بقبول شهادتهم يؤدى إلى الزام القاضى به فالقاضى ملزم بالحق وبالقضاء عند ظهور الحجة الصادقة . واما ان كفرهم يحول بيننا وبين اكرامهم الذي منه قبول شهادتهم فلا نسلم ان قبول الشهادة من الاكرام الذي يمنعنا منه كفرهم وإنما هو دفع لشر بعضهم عن بعض وسبيل لايصال الحقوق لأهلها بقول من يرضونه ولا شك ان هذا من تمام المصالح التى لا غنى عنها ، على أن الكفر لم يمنع ولاية بعضهم على بعض ولا أن يكون بعضهم حاكما على بعض فلا يمنع أن يكون بعضهم شاهداً على بعض. ولا ندري ماذا يصنع المانعون من قبول شهادتهم إذا لم يكن لصاحب الحق منهم شاهد مسلم أظن أنهم لا يستطيعون القول بعدم الحكم بينهم . ولعلهم يجيزونها فى تلك الحالة عملا بحق الضرورة على نحو شهادة الطبيب الكافر التى أجازها مالك. وهذا هو تمام ما نرى فى هذه المسألة . ولا ننسى أن نرشدك إلى أن أهل الحديث قد ضعفوا حديث أبى هريرة الذى استدل به المفصلون بين اتحاد

الملة واختلافها — بأن فى رواته ضعيفا وهو عمر بن راشد .

أما المسألة الثانية وهى شهادة غير المسلمين على المسلمين . فمنعها مطلقاً أبو حنيفة ومالك والشافعى إلا مانقل عن مالك من جواز شهادة الطبيب للضرورة . وأدلتهم لاتخرج عما سبق فى المسألة الأولى ونزاد هنا ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم قال الله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)

وجوزها الحنابلة فى الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد غيرهم . قال ابن المنذر وبه قال شريح والنخعى والاوزاعى وقضى به ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما . إلا أن منهم من يرى أن ذلك خاص بأهل الكتاب ومنهم من يرى عمومه فى جميع غير المسلمين حتى المجوس وعبدة الأوثان .

واستدل الحنابلة بقوله تعالى فى سورة المائدة (يايها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية قالوا هذا نص الكتاب وقد قضي به رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده وقد صح عن ابن عباس أنه قال : إن قوله . أو آخران من غيركم لمن مات وليس عنده احد من المسلمين فأمر الله عز وجل ان يشهد رجلين من غير المسلمين . وصح عن شريح انه قال ولا تجوز شهادة المشركين على المسلمين إلا فى الوصية ولا تجوز فى وصية الا ان يكون مسافراً . وعن سعيد بن جبير فى قوله او آخران من غيركم انه قال اذا كان فى ارض الشرك فأوصى الي رجلين من أهل الكتاب فانهما يحلفان بعد العصر وعن الشعبي : من غيركم . من اليهود والنصاري . وقضى به ابن مسعود فى زمن عثمان وقضي به أبو موسي الاشعرى فى الكوفة

ودرج على ذلك كثير من التابعين وتابعيهم إلى احمد بن حنبل وغيره من فقهاء أهل الحديث . وقد سلك الجمهور فى هذه الآية مسالك (احدها) ان المراد بقوله (او اخران من غيركم) من غير قبيلتكم (ثانيها) ان المراد بالشهادة فيها ايمان الوصى بالله تعالى للورثة لا الشهادة المعروفة .

أما دعوى النسخ فلا تقبل الا بحجة لامعارض لها ولا سبيل اليها على انه قد صح عن عائشة فيما يرويه جبير بن نفير انها قالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ قلت . نعم . قالت : فأنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه . وصرح بأنه لامنسوخ فى المائدة كثير من السلف كيف وقد ثبت العمل بمقتضاها بعد الرسول ﷺ

وأما تأويل (من غيركم) بغير القبيلة فهذا يأباه النظم لأن أول الآية خطاب عام لجميع المؤمنين فغيرهم لا يكون الا من الكفار قطعا واما حمل الشهادة على الأيمان فهو باطل من وجوه (أولا) أن المتعارف من كلمة الشهادة فى القرآن والسنة انما هو الشهادة المعروفة فالحمل على غيرها خروج باللفظ عن ظاهره لغير دليل (ثانيا) ان اليمين لا يشترط فيها ان تكون من اثنين ولا من ذوى عدل ولا تنتقل الى آخرين من الغير ولا يشترط فيها الضرب فى الارض (ثالثا) انه جعل الايمان فى مقابلة الشهادة بقوله (او يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم) فلا تكون الشهادة الايمان (رابعا) ان عمل الرسول فى حادثة النزول مما لا يدع مجالا للشك فى ان الشهادة فى الآية هى الشهادة المعروفة . فبهذا وبما فى الآية من وجوه ومعانٍ أخرى لا سبيل الى حمل الشهادة فيها على الايمان .

فالحق أن الآية محكمة وأن حكمها شرع دائم وأن شهادة غير المسلمين جائزة مقبولة في الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد أحدا من

المسلمين . وقد قال ابن القيم : قال شيخنا وقول الامام احمد فى قبول شهادتهم فى هذا الموضع : هو ضرورة يقتضى هذا التعليل قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفراً . وقد علمت قول مالك في قبول شهادة الطبيب الكافر للضرورة وقد نقل فى الدر عن الأشباه أن شهادة غير المسلم قد تقبل على المسلم بطريق التبعية أو الضرورة ومثل للشهادة التبعية بشهادة الذميين على ذمى موكله مسلم وللضرورة بشهادتهما على ذمى أنه أوصي إلى ذمي واحضر مسلما عليه حق للميت وبشهادة نصرانيين أن هذا النصرانى ابن الميت فادعى هذا الابن علي مسلم حقا لمورثه النصراني ففي المثال الأول تقبل الشهادة على الوكيل قصدا وعلى الموكل المسلم ضمنا وفى الأخيرين تقبل على الايصاء فى أولهما وعلى النسب فى ثانيهما . ووجهه فى الدرر بأن المسلمين لايحضرون موت النصارى عادة والوصية تكون عند الموت غالبا . وسبب ثبوت النسب النكاح والمسلمون لايحضرون انكحتهم كذلك فلو لم تقبل شهادة النصاري على المسلم فى اثبات الايصاء الذى بناؤه على الموت وفى النسب الذي بناؤه علي النكاح لأدي ذلك إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء والنسب فقبلت للضرورة وقال عبد الحليم فى حاشيته علي الدرر وفى هذا اشارة إلى حادثة الفتوى وهى (ذمية اسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه شرعى قبلت شهادة أهل الذمة بثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم. ولا يخفى أن مذهب ابى حنيفة وأبى يوسف جواز نكاح المسلم للكتابية بشهادة كتابيين وأن الفتوى عليه .

ومن هنا يتبين أن مبدأ قبول شهادتهم مقرر عند الحنابلة والحنفية والمالكية إلا أنهم قيدوا ذلك بالضرورة .

وقد يجد الناظر إذا أمعن النظر أولا فى مقتضى اباحة التعامل معهم والاختلاط بهم وحل طعامهم و (ثانيا) فى مورد قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) وانه غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء وانما هو سبيل العزة والقهر والغلب و (ثالثا) فى أن المطلوب فى الحكم انما هو البينة التى تكشف الحق وتوضح جانبه وان هذا يعتمد ظهور الصدق والأمانة فى الشاهد لاغير و (رابعا) فى الآيات التى عرضت للشاهدين وانها للاستشهاد عند المعاملة وارشاد لاختيار الأفضل في الاستيثاق وليست للشهادة عند الحكم - قد يجد الناظر إذا امعن فى كل ذلك انه لا دليل يمنع من قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فيما جرت العادة بوقوعه فيما بينهم من معاملات وجنايات وانه لايشترط فى الشاهد اكثر من ان يكون مرضيا ذا عدالة فى قوله وهذا لايمتنع أن يكون فى غير المسلمين .

واذا وصلت الى هذه النتيجة وجب عليك أن تتساءل عن السبب فى أن جمهور الأئمة ذهب إلى القول بمنع قبول شهادتهم على المسلمين ولعلك إذا بحثت عرفت انه من قبيل تحكيم الظروف والأوقات الخاصة وليس من تحكيم الأدلة والبراهين والله اعلم بما فى شرعه من تسامح وحرص علي الحقوق والمصالح

القضاء بالقرائن

اتفق العلماء على أنه لايسوغ للقاضي أن يحكم إلا إذا قامت لديه الحجة التى تثبت الحق . واتفقوا أيضاً على ان الاقرار والشهادة واليمين والنكول حجج شرعية يعتمدها القاضي فى قضائه . ويعول عليها فى حكمه . ولكنهم اختلفوا فى الحكم بالقرينة . وهي الأمارة التى يفهمها القاضى مقارنة للحق دالة عليه؛

والناظر فى كتب الأئمة يرى انهم مجمعون على الأخذ بالقرينة فى الجملة. ولكنهم يختلفون فى تفاصيل القرائن . وفى نوع الحق الذى يصح أن يعتمد فيه على القرينة .

والذى يؤخذ من كتب الحنفية أنهم يعملون بالقرائن فى حقوق العباد ولا يعملون بها فى القصاص والحدود . وعلى الأول اعتبروا سكوت البكر أو ضحكها قرينة على الرضا . وقبض الهبة والصدقة بحضرة المالك مع سكوته إذناً بالقبض . ووضع اليد والتصرف قرينة على ثبوت الملكية . وقبول التهنئة بولادة المولود فى أيام التهنئة المعتادة قرينة على ثبوت النسب منه . واعتبروا علامة الكنز وقالوا إن كانت دالة على الاسلام كان لقطة وإن كانت دالة على الكفر ففيه الخمس وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى تجدها فى كتب الدعاوى وكتاب الخنثى . والذبائح وغيرها . غير أنهم أهدروا الاعتماد على الأوصاف وقالوا انها تتشابه فليست طريقاً لمعرفة الحق كما تجد ذلك فى اللقطة . حيث قالوا لا تعطى إلا لمن أقام بينة انها ملكه

وعلى الثانى لم يحكموا بالقصاص على من وجد بيده سكين وبجواره قتيل يتشحط فى دمه لاحتمال انه قتل نفسه . وقد وجد ذلك الذى يحمل السكين بجواره مصادفة .

ولم يحكموا بالحد على من وجدت حبلى ولا زوج لها ولا سيد لاحتمال إكراهها أو علوقها بغير الزنى ولا على من يشم منه رائحة الخمر أو تقايأها . لاحتمال انه شربها ولم يعلم أنها خمر . أو إكراهه . ولا على من وجد المسروق فى بيته . لاحتمال انه وصل اليه عن طريق شرعى أو أن غيره خبأه فيه .

فقد أهدروا القرائن فى هذه الأنواع للاحتياط الواجب فى الدماء

والحدود (ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم) .

غير أن ابن الغرس قال فى كتابه الفواكه البدرية . والحجة أما البينة أو الاقرار أو اليمين أو القسامة . أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به . أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصير فى حيز المقطوع به وقد قالوا لو ظهر إنسان من دار ومعه سكين فى يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار فى ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها انساناً مذبوحاً لوقته وهو متلطخ بدمائه ولم يكن فى الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة إنه يؤخذ به إذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله . والقول بأن أحداً ذبحه أو ان أحداً غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب احتمال بعيد لا يلتفت إليه . قال صاحب البحر . وزاد ابن الغرس سادساً لم أره الى الآن لغيره . وقال الخير الرملى لا شك ان ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغى التعويل عليه مالم يعضده النقل من كتاب يعتمد فلا تغتر به . وهكذا أخذ الحنفية يردون على ابن الغرس زيادة القرائن فى طرق الحكم ويقولون انه أتى به من عند نفسه مع أن سوقه حادثة القتيل يدل على أنه ناقل لا مبتكر .

وعلى العموم فالحنفية يرون أنه لا يعمل بالقرائن أصلا فى الحدود والقصاص . وانه لا يعمل بما يتشابه منها فى حقوق العباد .

ويقرب من مذهب الحنفية مذهب الشافعية فانهم عملوا بالقرائن فى مواضع كثيرة . قال ابن القيم فى أعلام الموقعين . الشافعى اعتبر القرائن فى أكثر من مائة موضع . ثم حكى جملة مسائل مما اعتبر فيه الشافعية القرائن . كغيرهم : غير انهم اعتبروا اللوث فى القسامة موجباً للدية . ولم يره الحنفية

كذلك أما المالكية فقد عملوا بها فى الدماء والأموال والحدود وسائر الأحوال.

جاء في الشرح الكبير . لو رأى العدل المقتول يتشحط فى دمه والمتهم قربه وعليه آثار دم القتيل وشهد العدل بذلك فلوث فيقسم الأولياء معه ويستحقون الدم أو الدية فى العمد أو الخطأ .

وجاء فى قوانين ابن جزى وهو يعد الحجة . أو معرفة العفاص والوكاء في اللقطة أو لوث مع القسامة في الدماء .

وقالوا بوجوب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو تقايأها .

وعلى العموم فمصنفات المالكية مملوءة بالنص على الأخذ بالقرائن وشواهد الأحوال لا فرق عندهم بين الأموال والدماء

أما الحنابلة فهم أحرص الناس على الأخذ بالسنة وقد ورد فيها كثير من الوقائع الشاهدة باعتبار القرائن . فلذلك ترى كتبهم أيضا تزخر بتحكيم القرائن واعتبارها

وقد جاء فى أعلام الموقعين . يؤخذ بالقرائن وشواهد الأحوال فى التهم فيقام الحد بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة . ويقام حد الزنى بالحبل كما نص عليه عمر . وذهب إليه فقهاء المدينة وأحمد فى ظاهر مذهبه وكذا الصحيح يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده اه

والخلاصة أن أوسع المذاهب فى الأخذ بالقرائن المالكية والحنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية .

ولعل الحنفية ومن حذا حذوهم فى تضييق العمل بالقرائن يرون أنها تختلف قوة وضعفا وأنها ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة فلا يثبت بها حكم خصوصا فى الدماء والحدود التى تندرئ بالشبهة ويجب فيها الاحتياط .

وكثيراً ماتبدو القرائن قاطعة فلا تلبث أن تهن وتضعف حتى يتلاشى أمرها ويظهر الواقع على خلافها .

والذي يظهر أنه لا مطمع في الوصول إلى الحق في الواقع بيقين في أكثر الوقائع ولا يتوقف الحكم عليه والا لضاعت أكثر الحقوق فان أقوى الحجج الشرعية فيما يرى العلماء الاقرار والشهادة . وقد أرشدتنا الحوادث إلى أن كثيراً من الاقرارات مايقع تحت رغبة أو رهبة ولا يمثل الواقع بحال وأن كثيراً من الشهود يبدو صدقهم ولا يرى عليهم أثر الباطل والزور ثم تسفر الحقيقة عن كذبهم الفاضح . فليس مايعترى القرينة من احتمال الضعف بأكثر ولا بأقوى مما يعترى الشهادة والاقرار ولقد توصل العلماء إلى قرائن قطعية لا يعتريها شك ولا يقدم عليها في وضوح دلالتها وصدقها اقرار ولا شهادة .

وقد أفاض ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية في هذا المقام ، بما لا يدع مجالا للشك في الأخذ بالقرائن والتعويل عليها قال : لايجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعد ماتبين وظهرت أماراته بقول أحد من الناس ، والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهي تارة تكون أربعة شهود إلى أن قال وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها فقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى - أي عليه أن يظهر مايبين صحة دعواه فاذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له ، ثم قال ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات ، فاذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً ، وقال والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده والقرائن الحالية والمقالية

أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه

ثم ذكر وقائع كثيرة حكم فيها القرآن والسنة بمقتضى القرائن وجرى عليه عمل الصحابة والتابعين

فمن ذلك قميص يوسف فى حادثتى أخوته وامرأة العزيز ، ومن ذلك حكم سليمان بين المرأتين اللتين ادعتا الولد إذ قال ائتونى بالسكين أشقه بينكما نصفين فقالت الصغرى وقد حكم داود للكبرى لاتفعل رحمك الله هو ابنها ، فقضى به للصغرى معولا على قرينة الشفقة

وإن من يتتبع المأثور عن القضاة في جميع العصور من مواقع الحكم بالقرائن لا يرتاب فى أن الأخذ بالقرائن والاعتماد عليها في جميع الحقوق هو الأصل الذى تدعو اليه الشريعة ويتفق مع غرض الشارع من اقامة العدل بين الناس وايصال الحقوق إلى أربابها وإخلاء العالم عن الفساد

هذا وقد درجت الدولة العثمانية على الأخذ وبالقرائن واشتملت مجلة الأحكام العدلية على نصوص خاصة بها ، مادة ١٧٤١و١٧٤٢

وأخذت به محاكمنا الشرعية فجاء فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١ المادة ١٢٣ الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من اقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة

وبعد هـــذا يتبين لك أن الأخذ بالقرائن فى الأحكام ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة اسلامية جاء بها كتاب الله وقررته السنة ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم فى جميع العصور ، وإن رمى الشريعة بالقصور أو الجمود ناشيء عن الجهل بها وعدم الاطلاع على كنوزها ، ثم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع ، وكل ما أوردوه من

تقسيم للقرائن موجود بذاته فى كتب الفقه الاسلامي لاينقصه إلا الأسماء الجديدة

الحجر بالسفه والدين

الحجر هو المنع من نفاذ التصرفات القولية وقد اتفق العلماء على أنه مشروع وعلى أنه قد يكون لحق الغير كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق الورثة وعلى العبد والمكاتب لحق السيد وعلى الراهن فى الرهن لحق المرتهن وعلى المرتد لحق المسلمين وقد يكون لحق نفسه كالحجر على الصبي والمجنون

واختلفوا بعد ذلك فى الحجر بأسباب أخرى بعضها من النوع الأول كالحجر بسبب الدين لحق الغرماء وبعضها من النوع الثانى كالحجر على السفيه . والحجر بهذين السببين هو موضوع المقارنة ولنفرد كلا منهما ببحث على حدة

الحجر بالسفه

السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو فى وجوه الخير والبر

وقد أجمع العلماء على أن الحر إذا بلغ سفيها لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما . الآية) ولكن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر حقيقة الرشد بل اعتبر مظنته فى تسليم المال وقدرها بخمس وعشرين سنة واعتبر غيره حقيقة الرشد وعليه فأبو حنيفة يسلمه المال إذا بلغ هذه السن ولو لم يرشد وعامة العلماء على أنه لا يسلم

اليه ماله حتى يرشد ولو بلغ مائة سنة .

هذا حكم تسليم المال اليه . أما حكم تصرفات السفيه فاختلفوا فيه على أقوال .

فذهب أبو حنيفة الى أنه لا حجر عليه في تصرف ما . سواء أكان مما ينعقد مع الهزل كالطلاق والعتاق أم لا كالبيع والاجارة والهبة والصدقة . وسواء أكان المقصود فيه المال أم لا .

وذهب الأئمة الثلاثة والصاحبان من الحنفية إلى الحجر عليه فى الجملة . ولكن اختلفوا فى مدى ذلك الحجر فقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه فى التصرفات التى تحتمل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة أما التصرفات التى تصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق والاقرار بالعقوبات فانه لا يحجر عليه فيها .

وقال الأئمة الثلاثة . لا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا إعتاق ولا هبة ولا نكاح . من كل تصرف يقصد المال فيه أو يجب به. أما طلاقه وخلعه وظهاره فصحيح نافذ .

وسنقتصر هنا على المقارنة بين رأبى من يرى الحجر عليه ومن لا يراه تاركين تفصيل القول فيما ينفذ من تصرفاته ومالا ينفذ . وما يؤثر فيه إذن الولى ومالا يؤثر . واحتياج الحجر عليه وفكه عنه الى حكم حاكم أو عدم احتياجه الى كتب الفقه فى المذاهب فارجع اليه ان شئت .

الادلة

استدل لأبى حنيفة بالكتاب والسنة ودلالة الاجماع والمعقول .

أما الكتاب . فعمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين . من نحو قوله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقوله (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قالوا . دلت الآيات على مشروعية هذه التصرفات من غير تخصيص . والحجر على بعض المكلفين يناقض المشروعية بالنسبة اليه .

وأما السنة فما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يغبن في البيوع فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه .

واما دلالة الاجماع . فهى أن السفيه اذا طلق أو أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح طلاقه واقراره إجماعا . ولو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفاته فى شيء ما لسلب ولايته . قالوا واذا صح تصرفه فى النفس وهى الأصل وجب ان يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى .

وأما المعقول . فالسفيه عاقل حر مخاطب تصرف فى خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتعلق به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه كالرشيد . وآية ذلك أن الشارع لم يرفع عنه التكاليف ولم يهدر تصرفه فيما يتصل بنفسه فدل ذلك على أن الشارع لا يعامله معاملة المعتوه والصبي كيف والحجر عليه مع كونه حراً مخاطبا إهدار لآدميته التى اعتبرها وبنى عليها خطابه وتكليفه . نعم التبذير ضرر ولكن اهدار الادمية أشد ضرراً منه . ومن اصولهم . أن الضرر الأعلى لا يرتكب لدفع الأدنى . وأما الحجر على المفتي الماجن وهو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها . والمكارى المفلس . والطبيب الجاهل . فلدفع الضرر العام الذى يصيب

الناس فى دينهم وأموالهم وأبدانهم . على أنه كما قال صاحب البدائع . ليس حجراً شرعيا يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جاز ولو قبله وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه . وانما هو بالحقيقة منع حسى من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر الشرعي

* * *

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى من آية المداينة (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) جعل له وليا فدل على أنه مولى عليه ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه .

أما السنة . فما رواه الشافعى عن محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن هشام بن عروة عن أبيه . واخرجه أيضا البيهقى عن عروة قال : ابتاع عبد الله ابن جعفر بيعا : فقال على رضى الله عنه لآتين عثمان فلأحجرن عليك فأعلم ذلك ابن جعفر الزبير . فقال انا شريكك فى بيعتك فأتى عثمان رضي الله عنهما وسأله الحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه . فقال عثمان : احجر على رجل شريكه الزبير ؟) — وقد كان عبد الله اشترى ارضا سبخة بستين الف درهم ـــ دلت القصة على مشروعية الحجر على السفيه . من وجوه ثلاثة سؤال على الحجر وعدم انكار الصحابة عليه فى ذلك . وجواب عثمان له بأنه لا يحجر على من كان شريكه الزبير . فلو كان غير مشروع لما سأله على ولأنكر عليه الاصحاب . ولما كان جواب عثمان ان الحجر غير مشروع . ولما احتال الزبير فى دفع الحجر عنه بشركته فى بيعه .

وجاء فى الزيلعى ان عائشة رضى الله عنها كانت تتصدق بما لها حتى روى أنه كان لها رباع فهمت ببيعها للتصدق بثمنها فبلغ ذلك عبدالله بن الزبير فقال لأنهين عائشة أو لأحجرن عليها .

وقد استدل على جواز الحجر على السفيه برده ﷺ . صدقة الرجل الذى تصدق بأحد ثوبيه كما أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذى وغيره . وبرده عتق من أعتق عبداً له عن دبر ولا مال له غيره . وترجم عليه البخارى . باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الامام .

أما المعقول فهو أن التصرفات شرعت لمصالح العباد وليس من المصلحة أن يمكن منها من لا يهتدى إلي وجوهها النافعة ويجر بسوء تصرفه على نفسه المضرة والمفسدة ولهذا رأينا الشارع يحجر على الصبى لأن الصبا مظنة السفه وعدم الاهتداء الى التمييز بين الضار والنافع فلأن يحجر على من تيقن سفهه أحرى وأولى ، ولهذا منع الشارع منه المال وغياه بايناس الرشد قال تعالى . ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما . الآية) قالوا ومنع المال مع القول بنفاذ التصرف لا يفيد لأن ما منع من يده يتلفه بلسانه فكان الحجر عليه أنظر له

هذه أدلة الفريقين وقد انتصرت كتب الحنفية لمذهب الامام وأخذت تناقش أدلة الجمهور بمناقشات حاولت بها أن تضعف من شأنها وأكثرهم محاولة فى التخلص من أدلة الجمهور الزيلعى فى كتابه تبيين الحقائق والناظر فى هذه المناقشات لا يكاد يجد فيها شيئا ذا نفع أو غناء فحادثة عبد الله بن جعفر لا مدفع لدلالتها على مشروعية الحجر ولا يرتاب انسان فى أن السفه مضيعة

للمال وأن حفظ المال من المقاصد الضرورية الشرعية وأن الحجر على السفهاء سبيل متعين لذلك الحفظ وأما حديث اهدار الادمية فاعتبار ملغى بنص الشارع على منع السفهاء أموالهم والأمر برزقهم وكسوتهم فيها ولا يبعد أن يكون فى الحجر عليهم اصلاح لهم وسبيل إلى إرجاعهم عن سفههم، أما العمومات التي ذكرت فى الاستدلال لأبى حنيفة فلا تنهض حجة لاثبات المطلوب لأنها جاءت لاثبات أصل مشروعية هذه التصرفات غير متعرضه لبيان من له أهلية تلك التصرفات فلا تقوي على معارضة النصوص الخاصة التى وردت بمنع فاقدى الاهلية من مباشرتها . وأما حديث منقذ بن حبان فلا دلالة فيه أيضاً لأنه لم يبلغ الأمر به حداً يوجب الحجر وغايته أنه جاء يطلب من النبي ﷺ مخلصاً من البياعات التي يغبن فيها أحياناً فهداه النبي ﷺ إلى اشتراط الخيار . إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام . وأما اتفاقهم على جواز طلاقه واقراره بالحد والقصاص فلا يلزم منه عدم الحجر عليه فى التصرفات المالية . لأن المعني الموجب للحجر لا يتصل بها . ولأن النفس ليست مظنة الاسراف والتفريط فلا يلحق بها غيرها .

هذا وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية على قول الجمهور باعتباره أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . قال صاحب التنوير وبقولهما يفتى وصرح بذلك قاضيخان وصاحب المنح اهـ

الحجر بالدين

متى لزم الانسان ديون حالة لا يفى ماله بها وطلب غرماؤه الحجر عليه اختلف العلماء فيه . فذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى عدم

إجابتهم فى الحجر عليه . وإلى أنه لا يملك الحاكم بيع ماله جبراً عليه . وإنما يحبسه حتى يقضى دينه بأى طريق كان ان شاء ببيع ماله ويقتسمه الغرماء بالحصص . وان شاء بطريق آخر

وذهب الأئمة الثلاثة ووافقهم أبو يوسف ومحمد إلى أن القاضى يحجر عليه ويمنعه من التصرفات الضارة بالغرماء كالاقرار والبيع بأقل من القيمة . وللقاضى أن يبيع ماله ان امتنع من بيعه ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص .

*
* *

استدل أبو حنيفة بأن فى الحجر إهدار آدميته فلا يرتكب لدفع ضرر خاص أدنى منه وبأن التراضى شرط فى البيع بالنص ولم يوجد الرضا ببيع الحاكم فيكون باطلا وقد قال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه . وقال بقياس البيع على الاجارة والنكاح . فكما لا يملك الحاكم اجارته ولا تزويجها ليقضى دينه من أجرته ودينها من مهرها فكذلك لا يملك البيع . وليس البيع طريقا متعيناً للقضاء لأنه ممكن بوجوه أخر كالاستقراض والاتهاب والسؤال والحبس سبيل إلى قضاء الدين ودفع الضرر عن الغرماء

واستدل الجمهور . بما رواه الداقطنى عن كعب بن مالك . أن النبى ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه . وفى رواية أخرى كان معاذ بن جبل شابا سخيا . وكان لا يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله فى الدين فأتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لأجل رسول الله فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ بغير شيء .

قالوا: ولأن فى الحجر عليه نظراً للغرماء كيلا يلحق بهم الضرر بالأقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من عظيم لا يمكن أن ينتزع منه ثم ينتفع به من جهته ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع قام القاضى مقامه كما فى الجب والعنة والاباء عن الاسلام ولأنه إذا ثبت من الشرع الحجر على المريض لحق الورثة فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لحق الغرماء

هذه أدلة الفريقين . ويتضح بقليل من النظر قوة حجج الجمهور وليس بعسير بعد مناقشة أدلة الامام فى الحجر بالسفه مناقشة أدلته في هذا المقام

فقياس البيع على الاجارة والتزويج قياس مع الفارق لأن الحر ليس بمال ولأن النكاح لم يشرع سبيلا لتحصيل الأموال ووفاء الديون . والاتهاب واخواته طرق موهومة لا تتفق لكثير من الناس فى كثير من الاحيان فلا يتعلق بها قضاء الواجب الثابت حقاً للعباد .

هذا وقد نص فى الاختيار على أن الفتوى بقول الصاحبين وهو قول الجمهور . والله أعلم .

انتفاع المرتهن بالمرهون

أجمع العلماء على أن الرهن مشروع للاستيثاق بالدين . ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا الاستيثاق فرأى الحنفية أنه بالحبس الدائم تحت يد المرتهن إلى أن يستوفى دينه ورأى الشافعية أنه بمجرد تعلق الدين بالعين المرهونة إستيفاء منها بالبيع وصيرورة المرتهن أولى بالرهن بحيث يقدم على سائر الغرماء . وعلى هذا الأصل قال الحنفية ووافقهم الثورى . ليس للراهن أن ينتفع بالرهن بوجه من وجوه الانتفاع . وليس له أن يتصرف فيه أى

تصرف إلا إذا أذن له المرتهن وعندئذ يخرج من الرهن إذا فات الحبس وقال الشافعي وأحمد ومالك وابن أبي ليلي وابن المنذر للراهن إجارته واعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين . وله التصرف فيه بما لا ينقصه أو يخرجه عن الملك . وكما تفرع على الخلاف فى الأصل السابق الخلاف فى حكم انتفاع الراهن بالرهن كما رأيت تفرع عليه أيضاً اختلافهم فى أمور أخرى كجواز الاسترداد إلي الراهن وعدمه وكسريان حكم الرهن إلى الولد . وكجواز رهن المشاع وعدمه . والكلام فى الموازنة بين الرأيين واستيفاء مايتعلق بهما ليس مما يتناوله موضوعنا الذى ينحصر كما جاء فى المنهاج فى انتفاع المرتهن بالرهن . ومن المهم ألا يحرم طالب الفقه نفسه من الوقوف على وجهة نظر الفريقين فى هذا الموضوع الحيوى

أما حكم انتفاع المرتهن بالرهن . فينبغى أن يعلم أولا أن الرهن ليس عقد تمليك عين ولا منفعة عند أحد من العلماء . وانما المستحق به الحبس أو حق الأختصاص على الرأيين المتقدمين . وعلى هذا وقع إجماعهم على أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن وأن المرتهن لا يملك الانتفاع بشيء من الرهن فيما إذا لم يأذن له الراهن . ولم يكن الرهن مركوبا ولا محلوبا . أما إذا أذن له الراهن أو كان الرهن مركوبا أو محلوبا فهو موضع تفصيل واختلاف بين العلماء . واليك البيان

جاء فى معتبرات كتب الحنفية . أن إذن الراهن يبيح للمرتهن أن ينتفع بالرهن سواء شرط الانتفاع فى صلب العقد أم لا . وقيل لا يحل له الانتفاع إن شرطه فى العقد لأنه قرض فيه منفعة . ونقل صاحب المنح عن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي أنه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشي من الرهن بوجه

من الوجوه وإن أذن له الراهن لأنه إذن له فى الربا لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فيكون ربا . وهذا أمر عظيم . وإذا لاحظنا أن المعروف عرفا كالمشروط وأن الناس إنما يريدون الانتفاع عند الدفع ولولاه لامتنعوا عنه . ظهر ألا فارق بين القولين الأخيرين وأنهما متفقان على المنع فى مثل زماننا هذا

وقال أحمد والشافعى أن الراهن اذا أذن للمرتهن فى الانتفاع وكان دين الرهن قرضاً لا يجوز لأنه قرض يجر نفعا . واذا كان دينا غير القرض جاز . وقيد مالك الجواز فى الحالة الثانية بما اذا كان الاذن فى صلب العقد وكانت مدة المنفعة معلومة قال فى متن خليل وشرحه . وجاز للمرتهن شرط منفعته أى الرهن لنفسه مجانا بشرطين أشار للاول بقوله ان عينت مدتها للخروج من الجهالة فى الاجارة وللثانى بقوله وكان ببيع أي واقعا فى عقد بيع لا فى عقد قرض لأنه فى البيع بيع واجارة وهو جائز وفى القرض سلف جر نفعاً وهو لا يجوز

أما إذا لم يأذن الراهن وكان المرهون مركوبا أو محلوبا فالجمهور على أنه لا يحل له الانتفاع أصلا . وذهب أحمد واسحاق والليث والحسن وجماعة الى أنه يجوز الانتفاع بهما ركوبا وحلبا بقدر النفقة عليهما

استدل الجمهور بما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ . (لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه . له غنمه وعليه غرمه) جعل الشارع الغنم والغرم للراهن فلا يملك المرتهن شيئاً منه إلا باذنه . وقالوا قد اتفق العلماء على أنه لا ملك للمرتهن فيه فهو والأجنبي فيه سواء.

واستدل الحنابلة . بما روى البخارى وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة

قال : قال رسول الله ﷺ . الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا . ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة .) جعل منفعة الرهن بنفقته وهو عين محل النزاع فلا يقال أن المراد به الراهن ينفق وينتفع لأن انتفاع الراهن بحق الملك لا بطريق المعاوضة بين النفقة والانتفاع كما هو نص الحديث . على أنه قد جاء في بعض الروايات إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته .

وقد ناقش الجمهور استدلال الحنابلة بهذا الحديث حتى قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف فى صحتها لحديث ابن عمر عند البخارى وغيره لا تحلب ماشية امرىء بغير أذنه . ولا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه) وقالوا إن هذا الحديث يخالف القياس من وجهين . تجويز الانتفاع لغير المالك بغير اذنه . والتضمين بالنفقة لا بالقيمة .

قال الشوكانى ان حديث الجمهور مختلف فى وصله . وارساله ورفعه ووقفه وذلك يوجب عدم انتهاضه لمعارضة مافى صحيح البخارى وغيره من حديث الظهر يركب الخ) وقال إن السنة الصحيحة من الأصول المجمع عليها فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع . وحديث ابن عمر عام وحديث الظهر خاص فيبنى العام على الخاص والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الامكان . اه على أن الحنابلة يقولون بموجب حديث الجمهور كما قال ابن قدامة فى المغنى أن النماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفه إلى النفقة لثبوت يده عليه وولايته .

هذا وقد اختلف الحنابلة فى غير المحلوب والمركوب هل يجوز للمرتهن

أن ينفق عليه وينتفع به . فظاهر المذهب المنع مطلقا . ونقل حنبل عن أحمد أن له ذلك في الحيوان لا في غيره . وقال أبو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ماخصه الشرع به فان القياس يقتضي ألا ينتفع بشيء منه وقد تركناه في المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس.

هذا والناظر فيما تقدم يتضح له رجحان مذهب احمد في هذه المسألة .

أما انتفاع الراهن فانه إذا لوحظ أنه لايجوز انتفاع المرتهن بشيء من الرهن وقلنا أنه لايجوز انتفاع الراهن أيضاً كما ذهب اليه الحنفية والثوري كان ذلك تعطيلا للرهن وتضييعا للمال . وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولا يقتضي الاستيثاق بحبس الرهن منع الانتفاع به من الراهن لأن المستأجر يكون نائبا عن المرتهن في الامساك والحبس ومستوفيا لمنفعته بنفسه ولا يتنافى عقد الاجارة مع كونه رهنا وبهذا يتبين رجحان مذهب الجمهور في انتفاع الراهن حتى لايكون الرهن معطلا إذا لم يتفق المتراهنان . والله أعلم .

اختلاف الدارين في الميراث

اتفق العلماء على أن الكافر لايرث المسلم . وكذلك اتفقوا على أن المسلم لايرث الكافر إلا فيما يروى عن عمر ومعاذ ومعاوية من أنه يرثه . قال صاحب المغني : وليس بموثوق به عنهم فان احمد قال . ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لايرث الكافر . والذي عليه العمل وعامة الفقهاء أن اختلاف الدين بالاسلام والكفر يمنع الارث من الجانبين . وكذلك

اتفقوا على أن أهل الملة الواحدة من الكفار يرث بعضهم من بعض إذ اتحدت دارهم .

واختلفوا فى موضعين . أحدهما إذا اختلفت مللهم . الثانى إذا اختلفت دارهم .

ففي الأول ذهب أبو حنيفة والشافعى وداود إلى أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . وذهب احمد وهو رواية عن مالك إلى أن الكفر ملل مختلفة ولا يتوارث أهل ملتين شتى . وندع تفصيل القول فى هذا منتقلين إلى موضوع المقارنة وهو الثانى .

ذهب أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين مانع من التوارث بين الكفار ويجد ربنا أولا أن نبين مابه تختلف الدار :

جاء فى السراجية وشرحها للسيد الشريف : والدار إنما تختلف باختلاف المنعة أى العسكر واختلاف الملك لانقطاع العصمة فيما بينهم كأن يكون مثلا أحد الملكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك وله دار ومنعة أخرى وانقطعت الصلة فيما بينهما حتى يستحل كل واحد منهما قتال الآخر وإذا ظفر رجل من عسكر أحدهما برجل من عسكر الآخر قتله فهاتان الداران مختلفتان

ويتبين من هذا أن اختلاف الدار لا يتحقق إلا بأمور ثلاث . اختلاف الملك . اختلاف المنعة . انقطاع العصمة . وأن إنقطاع العصمة يكون باستحلال كل من الجيشين قتال الآخر .

قالوا : واختلاف الدارين لا يكون مانعا من التوارث بين المسلمين لأن الاسلام يجمعهم وهو داع إلى التعاون والتناصر . والاختلاف بين

المسلمين فى المنعة . وانقطاع العصمة طارىء لا يلبث أن يزول باتفاقهم حول راية الاسلام ورجوعهم إلى كلمة الحق . وبذلك لا تنقطع الولاية الثابتة بالاسلام . (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض)

وبناء على ما تقدم قالوا بالتوارث بين أهل البغى وأهل العدل وإن اختلفت المنعة والملك. وقالوا لا يرث ذمى فى دار الاسلام قريبه الحربى الذى مات فى دار الحرب لأن الذمى من أهل دار الاسلام والحربى من أهل دار الحرب فالداران مختلفان حقيقة . وكذلك لا يتوارثان إذا كان الحربى قد دخل دار الاسلام بأمان لأنهما وإن كانا فى دار واحدة حقيقة وهى دار الاسلام إلا أن المستأمن له حكم دار الحرب لتمكنه من الرجوع اليها . فدارهما مختلفة حكما . وكذلك الحربيان من دارين مختلفين يدخلان دار الاسلام بأمان فيموت أحدهما لا يرثه الآخر لانهما مختلفا الدار حكما . وكذلك لو ظل كل منهما فى داره ومات أحدهما لا يرثه الآخر لاختلاف دارهما حقيقة .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن اختلاف الدار ليس بمانع من الميراث . وعن هذا قالوا يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً وان اختلفت ديارهم .

احتج الحنفية بأن الأرث مبنى على الولاية والنصرة والتعاون . وهى تنعدم باختلاف الدار فلا توارث حينئذ . ولا نعلم لهم حجة غير هذا

قال صاحب المغنى ولا نعلم فى هذا كله حجة من كتاب ولا سنة .

وأما الجمهور فقد استدلوا بأن العمومات الواردة فى الميراث تقتضى توارثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعموم النصوص

هذا والناظر فى كلام الحنفية يتبين له أنهم لايريدون من اختلاف الدارين المانع من الميراث مجرد اختلاف الجنسية كالمصرية والانجليزية . والالمانية والايطالية حتى يكون الحكم عندهم عدم التوارث بين الانجليزى والفرنسي وسائر أفراد الأمم المختلفة وانما يريدون منه معني أخص من الجنسية هو ما تدل عليه الأركان الثلاثة التى لابد منها فى تحقق لختلاف الدار . ولا ريب أن تحقق هذه الاركان مرهون بحالة الحرب فقط . أما فى حالة السلم فليس بين الدول إلا التعاون وتبادل المنافع . وكثيراً ما يكون بين بعضها محالفات ومعاهدات تنص على التناصر واحترام كل منها حقوق الاخرى وقوانينها . ولا يمكن مع هذا أن يقال أن بين هذه الامم انقطاع عصمة فتنقطع الولاية فيمنع التوارث الذى يتحقق سببه .

ولاشك أن حالة الحرب من الحالات الطارئة . والتى تقضى الانسانية المشتركة بالمسارعة الى تلافيها والرجوع بالناس إلى مبدأ السلم العام . فليست دائمة بين الامم حتى يناط بها حكم الميراث المبنى على القرابة والصلة الثابتة وقد ألغى الشارع مثل هذه الحالة الطارئة فيما بين المسلمين لأن حكم الاسلام عام يرد المسلمين إلى حظيرة واحدة . فكذلك حاجة الناس كافة الى السلم ونفرتهم من الحرب وما يتصل بهذا من المعاهدات التى تربط الامم كل هذا يجعل مختلفى الجنسيات كأمة واحدة وهذا هو الذى نراه اليوم بين الدول وأفرادها فالامان سائد والحقوق محفوظة والدماء محقونة والاموال معصومة فلا سبيل الى القول بانقطاع الولاية بينهم واعتبار حالات الحرب الطارئة أساساً لحكم عام

واذا علمت أن الشارع يرعي العهود والمواثيق الى حد أن قال فى شأن

المؤمنين الذين كانوا مقيمين بين الكفار (وان استنصروكم فى الدين فعليكم النصر الاعلى قوم بينكم وبينهم ميثاق) لا تتردد فى أنه لا يرى اختلاف الدار مانعاً من الميراث فى زمن اعتمدت الامم جميعاً فى شئونها الاجتماعية والسياسية والتجارية على نصوص المعاهدات والقوانين الدولية العامة والخاصة .

ومن هنا يظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح الذى ينبغى أن يكون عليه العمل فى الميراث

هذا وقد أخذت لجنة الاحوال الشخصية (المشكلة فى سنة ١٩٣٧ للنظر فى تعديل قانون الاحوال الشخصية) بأن اختلاف الدارين غير مانع من الارث فقد جاء فى المادة السادسة فى مشروعها اختلاف الدارين غير مانع من الارث مالم تكن شريعة البلد الذى يتبعه الاجنبى غير المسلم مانعة من أرث الاجنبى .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه .

اختلاف الدارين غير مانع من الارث فيما بين المسلمين بالاتفاق . واختلفت الأئمة فى أنه مانع من موانع الارث بالنسبة لغير المسلمين . فذهب الحنفية الى أنه مانع من الارث . وذهب الامامان مالك وأحمد الى أنه غير مانع . فرؤى الاخذ بهذا الرأى تحقيقاً للتسوية بين المسلمين وغيرهم فى هذه الحالة . وقد اقتضى تحقيق المساواة بين المصريين والاجانب أن يكون اختلاف الدارين مانعاً من الارث بالنسبة للوارث غير المسلم التابع لدولة غير اسلامية لاتجيز شريعتها أرث الاجنبى . وظاهر أن اختلاف الدارين لا يتحقق بين دارين اسلاميتين لأن الاسلام يجمعهما .

ومن الواضح أن اللجنة أخذت بالرأيين معا فى صورتين مختلفتين ففى صورة ما اذا كانت احدى الدولتين لاتورث الاجنبى أخذ بمذهب أبى حنيفة وفيما

إذا كانت تورثه اخـذت بمذهب الجمهور . ومن المقرر أن للوالى أن يتخير تبعا للمصلحة ما يحكم به قضاته

الجد مع الاخوة فى الميراث

اتفق العلماء على أن الأب يحجب الجد — وعلى أن الجـد يقوم مقام الأب فى الارث بالفرض فقط عنـد الفرع الوارث المذكر . وبالتعصيب فقط عند عدم الفرع الوارث مطلقا . وبهما معا عند الفرع الوارث المؤنث واتفقوا أيضاً على أن الأب والجد يحجبون الأخوة لأم .

وعلي أن الأب يحجب الأخوة الأشقاء والاخوة لأب . واختلفوا فى أن الجد يقوم معهم مقام الأب فيحجبهم . أولا يقوم مقامه فلا يحجبهم. وهـذه هي مسألة المقارنة فذهب أبو بكر الصـديق وجمهرة من الصحابة رضـوان الله عليهم إلى الأول وبه قال أبو حنيفة والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى . وذهب على وابن مسعود وزيد بن ثابت إلى الثانى . وهو قول مالك والشافعى وأبي يوسف و محمد . ثم اختلف هؤلاء فى كيفية توريثهم على مذاهب نترك تفصيلها إلى كتب المواريث فارجع اليها إن شئت

استدل لمذهب على ومن معه . أولا بقياس الأخ على الابن بجامع أن كلا منهما ذكر يعصب اخته فكما لا يحجب الجد الابن كذلك لا يحجب الاخوة وثانياً . أن الأب والجد يستويان فى سـبب الاستحقاق فان كلا منهما يدلى إلى الميت بالأب فالجد ابوه والأخ ابنه . وقـرابة البنوة الثابتة للأخ لا تنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد. بل ربما كانت أقوى لأن الابن يسقط تعصيب الأب . وإذا ثبت استواؤهما فى سبب الاستحقاق

فلا موجب لحجب الجد الاخوة .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه مثل الجد فى تلك الحالة بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان فان كلا منهما أقرب الى الآخر منه الى الشجرة . وعن زيد أنه مثله بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادى . والمثالان من باب واحد يؤيدان أن الأخ اشد قربا لأخيه من جده فلا يصح أن يحبسه الجد عن ميراث أخيه .

واستدل لمذهب أبى بكر ومن معه . أولا بقوله ﷺ (الحقوا الفرائض بأهلها . فما بقى فلأولى عصبة ذكر) والجد أولى من الأخ من جهة المعنى ومن جهة الحكم أما من جهة المعنى فلأن القرابة التى بين الميت وجده قرابة إيلاد وبعضية وليست كذلك القرابة التى بينه وبين أخيه . وأما من جهة الحكم فالجد لا يسقط بازدحام الفروض لأنه ذو فرض ويسقط الأخ باستغراق الفروض لأنه عصبة . والجد لا يسقطه إلا الأب وأما الاخوة فيسقطون بالأصل والفرع والجد يرث بالفرض والتعصيب كالأب وهم لا يرثون إلا بالتعصيب . والجد يسقط أولاد الام . مع أن أولاد الام يسقطون ولد الأب عند استغراق الفروض فلأن يسقطهم الجد من باب أولى .

وهذه وجوه أولوية الجد عن الأخ فى باب الميراث خاصة . أما أولويته عنه في غير باب الميراث فاكثر من أن تحصي . منها أنه لا يقتل بقتل ولد ولده والأخ يقتل بقتل أخيه وان شهادته لولد ولده لا تقبل وشهادة الأخ لأخيه مقبولة . وانه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لهما خيار عند البلوغ بخلاف الأخ . وانه لا ولاية للاخ فى النكاح مع وجوده

وأن حليلة الجد أو حليلة ولد الولد محرمة تأبيداً على الآخر بخلاف حليلة الأخ . وأن الجد لا يقطع بسرقة مال ولد الابن ويمنع من دفع زكاته اليه وغير ذلك من الأحكام التى يشبه الجد فيها الاب ويقوم مقامه ولا كذلك الأخ . فثبت بهذا أن الجد أولى فى التعصيب من الاخ وأنه فى أكثر الاحكام قائم مقام الاب فليقم مقامه فى حجب الاخوة عن الميراث

وثانياً — نظراً لما هو مقرر من التحاق الجد بالأب من جهة المعنى والحكم كما تقدم جاء القرآن واللغة بتسمية الجد أبا . قال الله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقال على لسان يوسف (واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحاق ويعقوب) وقال (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحاق) وقال (كما أخرج أبويكم من الجنة) وقال (أنتم وآباؤكم الأقدمون) وجاء فى حديث المعراج (هذا أبوك آدم . وهذا أبوك ابراهيم) وفى حديث آخر أرموا بني اسماعيل فان أباكم كان راميا . وكما جاء تسمية الجد ابا جاء تسمية ابن الابن ابنا . قال تعالى (يابنى آدم . يابنى اسرائيل .) وفى الحديث (أرموا بنى اسماعيل) واذا ثبتت البنوة لولد الولد فمن المحال ألا تثبت الأبوة لأب الأب لأن الابوة والبنوة من الأمور المتضايفة فيمتنع ثبوت أحدهما بدون الاخرى . وإذا كان الجد أبا وجب أن يحجب الاخوة . وكيف لا يكون الجد أبا ونسبته إلى الاب فى العمود الأعلى كنسبة ابن الابن إليه فى العمود الاسفل فهو يدلى الى الميت بأبيه وابن الابن يدلى الى الميت بابنه فاذا كان ابن الابن ابنا فكذلك يكون أب الاب أبا وهذا معني قول ابن عباس (ألا يتقى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أبا .

وبالمقارنة بين قرابة الجد وقرابة الاخ تجد أن الجد فى عمود الاصل كابن الابن

فى عمود الفرع. وأن الاخ ليس فى هذا ولا ذاك وانما يشارك الميت فى أصله، وهذه المشاركة هى بنوة الأخ لأب الميت . والبنوة التى هى أقرب من الأبوة هى البنوة المنسوبة للميت لا المنسوبة لأبيه . والمتحقق فى الأخ هى الثانية لا الأولى . وأبوة الجد مهما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ الميت لابيه لا تنتسب إلى الميت بحال فكيف تكون أقوى من أبوة الجد المنسوبة اليه بوجه ما . فظهر أن القول بأن الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة . والبنوة أقوى من الابوة مغالطة ظاهرة. فالجد أب والاخ ليس ابنا . والجد سبب والاخ لاحق فالجد مقدم على الاخ . وأما قياس الاخ على الابن ففساده ظاهر فليست العلة فى عدم حجب الجد للابن ما ذكر حتى يصح الحاق الاخ به . أما التمثيل بالشجرة والغصنين. وبالوادى والنهرين كما جاء ذلك عن على وزيد رضى الله عنهما فتمثيل يتنافى مع قاعدة القرابة في باب الفرائض لأن المعروف فيها أن القرابة التي هي من جنس واحد وإن بعدت أقوى من القرابة المركبة من جنسين وإن قربت. ولاشك أن قرابة الجد قرابة بسيطة هى قرابة الابوة . وأما قرابة الأخ فقرابة مركبة من بنوة الأخ وأبوة أب الميت . ومن أجل ذلك قدمت قرابة جد الجد وإن علا على قرابة ابن الأخ وعلى العم لأن القرابة التى يدلى بها الجد من جنس واحد وهى الأبوة. والقرابة التى يدلى بها الأخ وبنوه من جنسين وهى بنوة الأبوة للميت . ولقوة البسيطة فى جميع حلقاتها قدم الأقصى فيها على من يقدم عليه الأدنى . فقدم ابن ابن الابن على من يقدم عليه الابن : وابن ابن الأخ على من يقدم عليه الأخ وهكذا .

والتمثيل المذكور يفضى إلى القول بقوة المركبة على البسيطة وتقديمها

عليها وهو مالا نظير له فى باب التعصيب .

قال ابن القيم عاكساً عليهم القضية (بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه وأصل الشجرة أولى بغصنها من الغصن الآخر . فان هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج إليه . وذاك أصله وحامله الذى يحتاج اليه واحتياج الشىء الى أصله أقوى من احتياجه إلى نظيره . فالأصل أولى بالشىء من النظير

هذا . وقد جرت لجنة الاحوال الشخصية فى سنة ١٩٣٧ على الاخذ بقول من لا يرى حجب الجد للاخوة فقد جاء في المادة ١٣ مانصه : يحجب الجد الصحيح بالأب وعند عدمه تكون له أحواله المبينة فى المادة ١١ غير أنه يخالفه فيما يأتى

أولا – لا يحجب الاخوة والاخوات لابوين أو لأب بالجد ويكون ميراثه معهم على الوجه المبين فى المواد ١٤ – ١٥ – ١٦ . وأكملت المادة بقية وجوه الخلاف بينه وبين الاب مما لا يتصل بموضوعنا وهاك نص المواد المذكورة

مادة ١٤ – للجد مع الاخوة والاخوات لأبوين أو لأب حالتان الاولى أن يقاسمهم كأخ ان كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً واناثا أو اناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث . الحالة الثانية أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الاناث

مادة ١٥ — اذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب على ماهو مبين فى المادة السابقة تحرم الجد أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض ورد الى السدس

مادة ١٦ – لا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الاخوة أو الاخوات لأب

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية (أنه رؤى الأخذ برأي من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الاخوة مع الجد لظهور المصلحة فى الاخذ بهذا الرأى فكثيرا مايموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ثم يموت أحد هؤلاء الاولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الاخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئاً مع أن الجد يكون غنيا. فاذا مات ترك لاولاده جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه. وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ولا يأخذ أولاد إبنه شيئاً منه. فكان فى الاخذ بغير المذهب المعمول به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لا ينالون شيئاً من تركة جدهم

توريث ذوى الارحام

وبيت المال

اتفق العلماء على أن أصحاب الفروض المقدرة فى كتاب الله مقدمون على غيرهم فى الميراث وعلى أنه اذا بقى شيء من التركة يكون للعصبات بالترتيب المشروح في كتب الفرائض. واختلفوا فيما إذا لم يكن هناك عصبة. فذهب على ومن وافقه وبه أخذ الحنفية إلى أن الباقي يرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم وإذا لم يوجد من يرد عليه فالمال لذوى الأرحام.

وذهب زيد بن ثابت إلى أنه لارد على ذوى الفروض ولا أرث لذوى الأرحام وانما يوضع المال عند عدم العصبات فى بيت المال وبهذا قال مالك والشافعى إلا أن المزنى وابن سريج من الشافعية قالا بتوريثهم وبه أفتى متأخروهم نظراً لفساد بيت المال وبذلك يكون الخلاف فى مسألتين. الرد على ذوى الفروض عند

عدم العصبة . توريث ذوي الارحام . وموضوع المقارنة المسألة الثانية .

استدل من لا يرى توريث ذوي الارحام . أولا : بأن الفرائض توقيفية لا مجال للرأي فيها . وقد بين فى آيات المواريث نصيب أصحاب الفروض والعصبات ولم يذكر لذوى الارحام شيئاً . فلو كان لهم حق فى التركة ما تركه فمن جعل لهم حقا فقد زاد على النص . والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد ولا بالقياس . فبقوا على الاصل وهو عدم الاستحقاق . وخلاصة الدليل أن الميراث لا يثبت إلا بالنص . ولا نص فى ذوى الارحام . و (ثانياً) بما أخرجه أبو داود والدارقطنى والنسائى أن النبي ﷺ قال (سألت الله عز وجل عن ميراث العمة والخالة فسارنى أن لا ميراث لهما) .

قالوا وقد وصله الحاكم والطبرانى وروى له الحاكم شاهدا مرفوعا من حديث شريك بن عبد الله . قالوا وإذا لم يكن ميراث للعمة والخالة من ذوى الارحام فلا ميراث لغيرهما إذ لا قائل بالفصل (ثالثاً) بأن انضمام العمة وابنة الاخ الى أخويهما لا يجعل لهما حقا فى الميراث مع تقوية الاخوين لهما فمن باب أولى لا يرثان عند انفرادهما وقد عهد تقوية الاخ فى بنات الابن والاخوات من الاب فانهن يأخذن إذا كان معهن ولا يأخذن منفردات

استدل الحنفية والحنابلة (أولا) بقوله تعالى فى سورة الاحزاب : (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا كان ذلك فى الكتاب مسطوراً)

ووجه الاستدلال أن الآية أثبتت عموم أولوية ذوى الارحام بعضهم لبعض فتشمل جميع الاقارب وفيهم القريب الذي ليس بعاصب ولا صاحب فرض وكذلك استدلوا بقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون

وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وهى كما ترى عامة فى جميع أنواع القرابات واستدلوا (ثانيا) بما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن المقدام ابن معدى كرب عن النبى ﷺ قال (من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لاوارث له اعقل عنه وأرث . والخال وارث من لاوارث له يعقل عنه ويرثه) وبما رواه احمد وابن ماجه عن ابى امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب فى ذلك أبو عبيدة بن الجراح الى عمر فكتب عمر أن النبى ﷺ . قال (الله ورسوله مولى من لامولى له . والخال وارث من لاوارث له) رواه الترمذى وحسنه كما رفعه غيره وحسنه وبما رواه الخمسة عن عائشة ان مولى للنبى ﷺ خر من عذق نخلة فمات فأتى به النبى ﷺ فقال (هل له من نسيب اورحم) قالوا لا قال (اعطوا ميراثه بعض أهل قريته) وهو كما ترى عام فى الرحم . قال الشوكانى :

ومما يؤيد ثبوت ميراث ذوى الأرحام ما جاء فى ميراث ابن الملاعنة من جعله ﷺ ميراثه لورثتها من بعدها وهم أرحام له لا غير . وقد أخرج البخارى ومسلم والنسائى وأبو داود انه ﷺ قال ابن أخت القوم منهم أو من أنفسهم .

***

قال الرازى فى الاستدلال بالآية الأولى وأجاب أصحابنا (بأن قوله وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض مجمل فى الشىء الذى حصلت فيه الأولوية فلما قال فى كتاب الله كان معناه فى الحكم الذى بينه الله فى كتابه فصارت هذه الأولوية معتبرة فى الأحكام التى بينها الله فى كتابه وتلك الأحكام ليست إلا ميراث العصبات فوجب أن يكون المراد من هذا المجمل هو ذلك فقط

فلا يتعدى إلى توريث ذوي الأرحام وقال في الاستدلال بالآية الثانية (وأجاب أصحابنا عنه من وجهين أحدهما قال فى آخر الآية نصيباً مفروضاً أى نصيباً مقدراً وبالاجماع ليس لذوى الأرحام نصيب مقدر فثبت أنهم ليسوا داخلين فى هذه الآية . وخلاصة الوجه الثانى أن ذوى الارحام لا يدخلون فى الأقربين لأن المراد بهم الأقرب من جميع الأشياء . ونذكر لك وجهاً آخر له حاصله ان الحنفية رأوا ان الفرض ما ثبت بدليل قاطع وإرث ذوي الارحام ليس من باب ما عرف بدليل قاطع باجماع الامة والآية تناولت التوريث المفروض بدليل قوله (مفروضاً) فلزم القطع بأن هذه الآية لا تتناول ذوى الارحام

وقالوا في حديث (الخال وارث من لا وارث له) إن البيهقى والنسائي أعلاه بالاضطراب ولم يثبت رفعه من طريق صحيح قالوا وعلى فرض ثبوته فهو لنا لا لكم ولهم فى ذلك طريقان أحدهما انه على حد قولهم الصبر حيلة من لا حيلة له ومن المعلوم أن الصبر ليس حيلة فكأنه قال من كان وارثه الخال فلا وارث له (ثانيهما) أن الحديث نفى ان يكون له وارث نفياً عاماً

***

ونافش الفريق المثبت أدلتهم بما يأتى : — قالوا فى الدليل الاول إن إرث ذوى الارحام مثبت بعموم الكتاب كما ثبت به إرث جميع العصبات وأقصي ما فى الباب ان قدر ما يأخذون لم يذكر ونحن نكتفى باثبات أصل الاستحقاق ثم ليس أصلكم منع الزيادة على الاصل بخبر الواحد على فرض ان أصل الاستحقاق ثبت به لذوى الارحام وكم من زيادة أثبتموها بخبر الواحد ومع قولكم أن الميراث لا مدخل للرأى فيه قد اعتمدتم فى دليلكم

الثالث عليه ولا فرق بين استعمال القياس فى النفي واستعماله فى الاثبات على أنا لم نسلم فى الاثبات طريق القياس فهلا تركتموه فى جانب النفى وهما سواء . وأما حديث (لا ميراث لهما) أى للعمة والخالة فهو مرسل ولا تقوم به الحجة عندكم وقد ضعف العلماء طرق وصله . وشاهده الذى رواه الحاكم مرفوعاً فيه الشاذكوانى وهو متروك . قالوا وعلى فرض الصحة فهو خاص بالعمة والخالة ولعلها واقعة عين أو ان المراد ليس لهما ميراث مقدر

والحق أن عمومات القرآن ناطقة بمذهب المثبتين وان احتمال التخصيص لا دليل عليه وان المراد بالنصيب فى الآية الثانية ما يصيب الوارث ويقع فى يده عند القسمة وهو قد يكون سهما معينا كالنصف والربع وقد لا يكون كنصيب العاصب والرحم والقول بأن إرث ذوى الارحام ليس من باب ماعرف بدليل قاطع باجماع الامة ممنوع بل هو مما عرف بدليل قاطع عند من أثبته . وليس المراد بقطعية الدليل فى اصطلاح الحنفية قطعيته على الاطلاق وعند كل الناس بل قطعيته فى نظر المجتهد وإلا لم يكن موضوعه محلا للاجتهاد كما هو معروف فى أصول الفقه على أنه ما أبعد تحكيم الاصطلاحات المحدثة فى معانى القرآن . ولا نكاد نفهم من قوله (مفروضا) الا ما نفهمه من قوله (سورة أنزلناها وفرضناها) وقوله (إن الذى فرض عليك القرآن لرادك الى معاد) من البيان والتشريع ولا نكاد نفهم من قوله (فى كتاب الله) سوى حكم الله وتشريعه الذي طلبه من عباده المؤمنين وأوجب به صلة الارحام والوصية بالوالدين وذوى القربى وهى على نحو قوله فى آخر الآية (كان ذلك فى الكتاب مسطورا) وقوله فى آخر المحرمات (كتاب الله عليكم) أما حمله على معنى ما بينه الله لكم فى كتابه من المواريث فلا دليل عليه ولا

مرشد اليه ودعوى ان قوله (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض) مجمل لا يفهم منه موقع تلك الاولوية فجاء قوله بعد (فى كتاب الله) بيانا لما تقع فيه الاولوية من قبيل الدعاوى التى ليس لها من مستند ترتكز عليه فالآيات ظاهرة فى عموم ما ينتفع به القريب من قريبه . أما الأحاديث فليس من شك ان أحاديث الاثبات اكثر طرقا وصحة من حديث النفى ومثلها مما ينهض بمجموعها للاستدلال فكيف اذا اتصلت بعمومات واضحة فى القرآن وكيف اذا كان عليه جمهور الصحابة رضى الله عنهم

قال الزيلعى ولولا خوف الاطالة لأوردنا ما حكى عن السلف من افراد الواقعات

هذا وقد اختلف القائلون بتوريث ذوى الارحام فى كيفية توريثهم . وتفصيل ذلك مبسوط فى كتب الفرائض فارجع إليها إن شئت .

ولا يعزب عنك أن بيت المال لا يستحق التركة ميراثا وانما توضع فيه إذا لم يكن وارث لأنه محل الاموال التى لا يعرف لها مالك. والله اعلم .

هذا ماتيسر لنا من الكتابة على منهج المقارنة حسب وضعه الاخير وإنا لم نقصد به إلا أن يكون أنموذجا للطالب فى كيفية البحث وطريقة الموازنة بين الآراء المختلفة . . وفى ربط أصول التشريع باستخراج الاحكام من الادلة التفصيلية .

ونرجوا أن يهيء الله لنا من الوقت ما يعيننا على إعادة النظر فيه . واخراجه مرة ثانية على وجه يكون أنفع للعلم وأجدى للطالب . ونسأله سبحانه أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعه .

فهرس

